

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

Les Clauses de Révision de Prix

dans les

Marchés de Fournitures

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE LE 6 DÉCEMBRE 1933, A 14 HEURES

PAR

PIERRE BARADEZ

Ingénieur en chef de la Marine

PRÉSIDENT : M. ALLIX, doyen.

SUFFRAGANTS { M. MESTRE, professeur.
 { M. LE FUR, professeur.



DIJON

IMPRIMERIE BERNIGAUD ET PRIVAT

15, Rue Bossuet

1933

Les Clauses de Révision de Prix

dans les

Marchés de Fournitures

Les Clauses de Révision de Prix

dans les

Marchés de Fournitures

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE LE 6 DÉCEMBRE 1933, A 14 HEURES

PAR

PIERRE BARADEZ

Ingénieur en chef de la Marine

PRÉSIDENT : M. ALLIX, doyen.

SUFFRAGANTS { M. MESTRE, professeur.
 { M. LE FUR, professeur.



DIJON

IMPRIMERIE BERNIGAUD ET PRIVAT

15, Rue Bossuet

1933

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

Louis BARADEZ (1858-1921)

Premier Président de la Cour d'Appel de Chambéry

Docteur en Droit (Nancy, 1882)



Digitized by the Internet Archive
in 2026

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

- B.O. Bulletin officiel de la Marine.
- C.C.M.C. Commission centrale des marchés commerciaux.
- C.C.M.I. Commission centrale des marchés industriels.
- C.M. Circulaire ministérielle.
- D.M. Dépêche ministérielle.
- J.O. Journal officiel.
- P.V. Procès-verbal.
- R.D.P. Revue de Droit public.

Les arrêts du Conseil d'État, précédés ou non des lettres C.E., sont indiqués par leur date, par le nom de la partie et par la page du Recueil chronologique Lebon (« R., p. 357 » est mis pour « page 357 du Recueil Lebon »).

Les autres abréviations, en particulier les références aux recueils Dalloz et Sirey, sont données sous la forme habituelle.

INTRODUCTION

La vente, généralement citée comme type des contrats commutatifs, n'est pas pour cela dépourvue d'aléa.

Dans son état primitif, la vente dérive du troc (1), c'est l'échange instantané d'une chose contre un prix ; les risques de chacune des parties en cause sont alors réduits au minimum : ils se bornent à la possibilité de vices cachés dans la chose ou dans le prix versé.

Les aléas augmentent dans la vente à crédit ou à terme : le vendeur s'expose alors à une insolvabilité ultérieure de l'acheteur ou à une rétention volontaire du prix, et l'acheteur peut craindre un trouble actuel ou éventuel, une éviction totale ou partielle, la perte ou la destruction de la chose.

Mais écartons tous les cas précédents, supposons qu'acheteur et vendeur remplissent scrupuleusement toutes les obligations qui leur incombent et qu'aucun doute ne subsiste ni sur la qualité, la possession ou la propriété de la chose vendue ni sur la détermination et la réalité du prix. L'acheteur acquerra la propriété de la chose même qu'il désirait obtenir, le vendeur recevra le prix exact sur lequel il comptait ; tout se passera aux dates fixées de sorte qu'il n'y aura ni privation de jouissance ni perte d'intérêt.

Même dans ce cas, un aléa subsiste, car, si l'échange de la chose contre le prix n'est pas simultané, la valeur relative de ses deux éléments peut varier dans le temps et l'équilibre, réalisé lors de la signature du contrat, peut être détruit lors de son exécution : la valeur de la chose peut changer, aurait-on dit il y a 20 ans ; la valeur du prix peut également se modifier, ajouterons-nous actuellement.

(1) Paul, Dig., 18, 1, 1.

Si cette rupture possible d'équilibre est un des éléments du contrat, tout va bien : chacune des parties spéculé sur les variations de valeurs entre les prestations, chacune d'elles espère que ces variations se produiront à son profit ; ainsi, l'acheteur, comme le vendeur à terme, contracte dans l'espoir que la différence sera en sa faveur.

Cependant, si le terme n'est pas introduit dans le contrat par spéculation des parties, mais imposé par nécessité économique, il en résulte un aléa qui, supportable dans les périodes de stabilité, peut devenir redoutable en temps de crise, de guerre ou d'instabilité monétaire : ainsi, dans les ventes échelonnées sur de longues périodes, le vendeur ne peut se procurer les objets dès la signature du contrat mais l'acheteur désire s'en assurer un approvisionnement régulier pendant toute sa durée d'exécution ; si donc l'un et l'autre conviennent que chaque année, chaque mois ou chaque jour, tels objets seront livrés moyennant tel prix, ils ignorent tous deux ce que vaudront les choses et ce que vaudra le prix ou, ce qui revient au même, quel sera le prix courant des choses au moment de chaque livraison ; cependant chacun s'expose à un déséquilibre futur parce qu'il tient avant tout à s'assurer soit la vente soit l'achat d'un certain nombre d'objets pendant une longue période ; mais, *dans les époques troublées, le déséquilibre en question peut atteindre des proportions telles que le contrat soit complètement bouleversé*, qu'il devienne désastreux pour l'une des parties et très avantageux pour l'autre.

A vrai dire, le risque est plus grave pour le vendeur, car l'augmentation possible des prix est illimitée tandis que leur diminution est toujours limitée aux prix eux-mêmes.

Il est donc normal que *le vendeur cherche* lui aussi à *limiter son risque*, en introduisant dans le contrat des clauses appropriées ; ainsi, depuis 1916, les prix du gaz et de l'électricité sont fixés non plus à un nombre déterminé de francs, mais d'après certains indices ; de même, dans quelques ventes, le prix résulte d'une formule dépendant de certaines variables.

Et cette habitude, débordant les ventes proprement dites, s'étend à d'autres contrats ; c'est ainsi que les loyers sont parfois exprimés d'après le cours du blé ou le revenu d'une rente (4 %

1925); les prix des transports automobiles sont fixés d'après ceux de l'essence ou du caoutchouc; le coupon d'une obligation s'exprime en or; et les salaires eux-mêmes résultent de formules où entrent les prix du pain et de la laine, de la viande et du coton, du tabac et des soins médicaux.

On donne souvent à de telles clauses le nom générique d'« échelle mobile » : cette terminologie ne nous paraît pas heureuse; elle trouve son origine dans le système anglais de l'Échelle mobile (*sliding scale*) qui, établissant sur les céréales des droits variables suivant leur cours, avait la prétention de concilier les intérêts des producteurs de blé et ceux des consommateurs; ce système, dont la première application en France remonte à un décret de 1806, fut, on le sait, introduit définitivement par la loi du 16 juillet 1819; modifié par plusieurs lois subséquentes, puis définitivement abandonné en 1861, il donna lieu à des controverses restées fameuses et laissa dans l'histoire économique une célébrité telle que des contemporains veulent encore en appliquer le nom à des systèmes essentiellement différents : cette extension nous paraît abusive; car l'expression évoque l'idée d'échelon, et par suite de discontinuité; si donc elle peut se défendre dans son acception originelle ou chaque fois que des prix varient brusquement en passant d'une catégorie à l'autre, elle est inexacte quand les prix varient de façon continue; ainsi l'on peut parler de l'échelle mobile des salaires, mais il est impropre d'appeler « marché à échelle » un contrat dans lequel le prix varie d'une façon continue en fonction de certaines variables.

Il nous paraît d'ailleurs difficile d'adopter une même expression correspondant aux divers cas cités ci-dessus : on pourrait parler de contrats à prix variables, de marchés révisables, de prix fonctions de certaines variables, de prix à indices, de stabilisation du profit, d'ajustement automatique au prix de revient, etc.; il ne nous semble pas indispensable de créer une terminologie uniforme; nous laisserons donc la fameuse échelle aux cas de variations discontinues, tels que le système de 1819 et les salaires variables; nous réserverons les expressions de « prix à indices » ou d'« index économiques » aux concessions, qui les emploient habituellement (gaz, électricité, transports automobiles, etc.); et nous appellerons *clauses de révision de prix* — expression qui n'est pas parfaite

mais acceptable, et le plus souvent employée — celles qui, dans un contrat, fixent le prix de vente d'une fourniture déterminée en fonction de certaines variables.

C'est ce dernier cas seul que nous nous proposons d'étudier, en le limitant d'ailleurs très strictement ; nous supposons tout d'abord qu'il s'agit d'une vente de choses, et par conséquent nous écartons la vente de services ou de travail ; nous avons dit que cette chose était déterminée, ce qui laisse de côté tous les cas où la révision du prix serait causée par un changement dans la nature, la quantité ou la qualité des prestations à fournir ; nous admettons que la validité du contrat est indiscutable ; le fait que nous supposons l'existence d'une clause de révision nous cantonnera presque exclusivement dans les contrats administratifs ; et, parmi ceux-ci, nous laisserons de côté les marchés de concession et de transport, dont les formules à indices ont déjà fait l'objet d'études détaillées et les marchés de travaux publics, soumis à des règles très spéciales ; nous ne dirons que quelques mots de ces divers marchés, lorsque nous les rencontrerons accessoirement en étudiant les marchés de fournitures.

Les *marchés de fournitures*, auxquels se limitera cette étude, sont en effet les contrats de vente, au sens économique du terme, dans lesquels les clauses de révision semblent particulièrement indiquées ; car les grandes administrations commandent fréquemment des objets qui ne sont pas dans le commerce courant : navires de guerre, avions de bombardement, canons, locomotives, etc. Le fournisseur ne peut donc en commencer la fabrication qu'après signature et notification du marché ; il court ainsi tous les risques entre cette notification et la livraison ; évidemment, l'Administration court également des risques, mais ils sont bien moindres, car, nous l'avons dit, les baisses sont limitées et les hausses illimitées ; et, d'autre part, la revalorisation des monnaies est un phénomène beaucoup plus exceptionnel que leur dévalorisation.

En période troublée, le fournisseur risque que les divers éléments du prix de revient ne cessent d'augmenter pendant la durée de la fabrication ; et, par conséquent, que les sommes dépensées par lui ne soient très supérieures à celles qu'il recevra, en vertu du contrat passé. Cet aléa, qui bouleverse entièrement la convention, peut

conduire le vendeur à la ruine si l'Administration est son principal client ; le fournisseur court ainsi un risque considérable, qu'il cherchera à limiter en remplaçant le travail forfaitaire par le travail en régie ; mais l'Administration répugne au travail en régie, difficilement contrôlable et qui n'encourage pas le fournisseur à l'économie ; celui-ci sera donc conduit à conserver le principe du forfait, mais à rendre le prix forfaitaire variable, d'après des modalités diverses, dans le même sens que le prix de revient ; ainsi s'introduiront les clauses de révision dans les marchés de fournitures.

Leur introduction ne change pas le caractère du contrat : d'une part, la vente ordinaire reste une vente malgré les maximes qui paraissent imposer un prix invariable (nécessité du *pretium certum*, « acat ne puet estre sans pris », *geld macht den Markt*, etc.) car elle ne suppose pas un prix fixe, ni même déterminé, mais seulement un prix déterminable ; d'autre part, le marché de fournitures, qui juridiquement n'est pas une véritable vente mais se rapproche plutôt de l'entreprise (1), peut comporter indifféremment soit un prix fixe (forfait, prix sur série de prix, prix par unité de fourniture), soit un prix variable (prix provisoire soumis à révision en cours d'exécution ou après exécution de la fourniture, prix ferme mais avec promesse de relèvement sur justification d'insuffisance par le fournisseur, prix ferme avec clause de révision), soit un prix de revient majoré d'une certaine somme pour la rémunération du fournisseur. Cependant M. Jèze fait remarquer (2) que, dans le marché de fournitures, c'est l'entrepreneur qui normalement court les risques ; les clauses de révision tendent à le transformer en régisseur ; leur résultat est une sorte de compromis entre le forfait et la régie, entre l'entreprise et le louage de travail ou d'industrie.

* * *

La *légalité de certaines clauses de révision* a été, surtout depuis la guerre, le sujet de nombreuses controverses ; il nous semble inutile d'examiner cette question en détail, avant de commencer notre

(1) Planiol et Ripert, *Traité élémentaire*, 11^e édition, t. II, 1902 ; — Jèze, *Rev. Dr. Publ.*, 1925, p. 446 et suiv.

(2) *Ibid.*

étude. Nous verrons à propos du paramètre « devises étrangères », que la doctrine et la jurisprudence condamnent également les clauses diverses basées sur les variations du change (clause or, valeur or, devises étrangères, etc.) ; nous rechercherons, en étudiant les paramètres « indices de prix », quelles clauses de révision forfaitaires peuvent être considérées comme légales ; mais il s'agira alors de clauses par lesquelles les contractants, désirant éviter les fluctuations dans le pouvoir d'achat de la monnaie, font intervenir certains éléments qui n'entrent pas directement dans le prix de revient (change, indices de prix, matière étrangère à la fabrication) ou n'y entrent que dans une proportion très inférieure à celle de la révision (prix d'une fourniture contenant très peu de cuivre basé entièrement sur le prix de ce métal). Jusque-là, les clauses que nous rencontrerons seront censées ne tenir compte que des éléments du prix de revient ou, du moins, ne pas s'en écarter sensiblement. Leur légalité ne saurait alors faire aucun doute.

Déclarer en effet que l'acheteur tiendra compte au vendeur des différences survenues, pendant l'exécution du marché, dans les salaires de ses ouvriers ou dans le prix des diverses matières approvisionnées par lui revient simplement, nous l'avons dit, à diminuer la portion forfaitaire du prix total et à effectuer en régie une partie du travail. L'acheteur peut dire au vendeur, non seulement : « Je vous procurerai les diverses matières nécessaires à l'exécution de votre fourniture », mais aussi : « Achetez ces matières, vous êtes mieux placé que moi pour cela et vous m'éviterez ainsi de le faire ; mais il est entendu que je vous les rembourserai intégralement », ou encore : « Je vous les rembourserai jusqu'à concurrence de telle quantité ». De même, les deux contractants peuvent convenir que les salaires des ouvriers employés à l'exécution de la fourniture seront remboursés au vendeur par l'acheteur soit intégralement soit jusqu'à concurrence de telle somme fixée forfaitairement. Les pourcentages révisables peuvent être des maxima, des minima ou des valeurs fixées à priori de façon ferme. Toutes ces conventions sont parfaitement légales ; aucun texte, aucun motif d'ordre public ne saurait les empêcher.

La Circulaire du Garde des Sceaux en date du 16 juillet 1926 déclare d'ailleurs : « Si le prix est stipulé variable en fonction d'un des éléments qui ont servi à le déterminer, il semble qu'on ne puisse

contester la valeur des contrats ainsi libellés ; c'est le cas de la plupart des marchés dits à *échelle*, dans lesquels la révision est basée sur le prix des matières premières constitutives ou de la main-d'œuvre nécessaire ».

En matière administrative, des centaines de contrats font dépendre le prix de l'électricité de celui du charbon ou basent les redevances aux entrepreneurs de transports sur les cours de l'essence ou des pneumatiques ; par milliers, les marchés de fournitures utilisent des clauses de révision ; personne, semble-t-il, n'a jamais prétendu que de pareilles conventions fussent illicites.

La question qui se pose n'est pas relative à la légalité, mais à l'utilité des clauses de révision ; nous ne pourrions la résoudre qu'après avoir étudié leur histoire, leurs modalités et leurs conséquences.

* * *

Auparavant, nous devons faire le point et bien situer le sujet : nous sommes en présence d'une vente de fournitures mobilières à livraison retardée ou échelonnée ; nous disons « vente de fournitures », ce qui comprend non seulement les marchés de fournitures proprement dits, qui sont essentiellement administratifs, mais aussi des contrats civils tout à fait analogues passés par de grandes administrations privées, telles que les compagnies de chemin de fer ou les sociétés concessionnaires ; nous avons donc en présence deux contractants : d'une part, le vendeur que nous appellerons généralement le fournisseur, d'autre part l'acheteur qui sera le plus souvent l'État, un service public ou un établissement public (nous l'appellerons alors généralement l'Administration) mais qui pourra parfois être une personne physique ou morale du droit privé ; la fourniture est déterminée en nature, quantité et qualité ; elle ne varie pas pendant l'exécution du marché ; mais son prix varie ; il en résulte un aléa contre lequel le vendeur, particulièrement menacé, va chercher à se couvrir ; nous examinerons pourquoi et comment il le fera.

Cet aléa est le plus souvent d'ordre économique : les prix varient pour les diverses raisons qui sont examinées en économie politique : variation de l'offre et de la demande, crises, concurrence ou mono-

pole, etc. Mais parfois l'aléa est d'ordre administratif : les prix varient parce que l'Administration change les impôts et les taxes, impose de nouveaux salaires, augmente les charges sociales, etc. Il y a aussi des cas douteux : par exemple une variation de valeur de la monnaie résulte le plus souvent de causes économiques, mais elle peut parfois être voulue et décidée par l'Administration. Cependant, en règle générale, la distinction est nette : nous ne rangerons dans l'aléa administratif que les variations de prix résultant d'une intervention directe de l'Administration.

La première partie de notre étude, qui en sera d'ailleurs la plus importante, sera consacrée à *l'aléa économique* ; la deuxième partie traitera de *l'aléa administratif*.

PREMIÈRE PARTIE

L'ALÉA ÉCONOMIQUE

Dans cette première partie, nous supposons que les prix varient pour des causes économiques générales, sans intervention directe de l'Administration ; chaque partie court des risques, mais surtout le vendeur qui s'expose à des pertes illimitées, et par conséquent à la ruine ; naturellement, il fera tout pour l'éviter.

Pour cela, il cherchera d'abord dans l'arsenal des principes juridiques et des décisions jurisprudentielles tout ce qui pourrait justifier une demande de révision de sa part ; nous consacrerons donc notre premier chapitre aux *fondements juridiques sur lesquels peut être basée une demande de révision de prix*.

Nous verrons qu'à ce point de vue le vendeur ne peut presque rien espérer ; s'il fait un procès à l'acheteur, il perdra dans la presque unanimité des cas ; son second mouvement sera donc de chercher à s'entendre avec lui pour que le contrat ne soit pas exécuté dans toute sa rigueur ; mais l'acheteur, à moins d'être intéressé à la prospérité du vendeur, n'a généralement aucune raison pour modifier à son détriment un contrat signé par lui et dont la validité est indiscutable ; au contraire, l'Administration en général et l'État en particulier ont souvent besoin de leurs fournisseurs ; ils doivent les ménager parce que des intérêts supérieurs aux intérêts matériels sont en jeu ; aussi la pratique administrative admettra-t-elle plus facilement les révisions de prix que la jurisprudence ; notre deuxième chapitre sera consacré aux *révisions dans la pratique administrative en l'absence de toute clause*.

Si le vendeur peut ainsi obtenir des résultats appréciables, ce n'est pas pour lui un droit mais une simple faveur ; il peut espérer qu'il profitera de la bienveillance de l'acheteur, il ne peut en exiger

l'exercice ; il sera donc encore exposé à un aléa très sérieux ; ainsi, l'Administration accordera des révisions quand elle sera tenaillée par la nécessité ; mais, en période calme, elle redeviendra rigoureuse ; pour éviter toute discussion, pour transformer une faveur en droit, le vendeur demandera donc que le contrat prévoie explicitement une révision en cas de hausse des prix ; *les clauses impliquant le principe d'une révision*, dont nous verrons l'introduction progressive au cours de notre deuxième chapitre, seront étudiées en détail dans notre troisième chapitre.

Car le principe, une fois admis, doit être appliqué ; les prix ayant monté, le vendeur a droit à une révision ; comment en déterminer le montant exact ? Cette question, objet de notre troisième chapitre, soulèvera de nombreuses difficultés ; l'acheteur devra intervenir dans la comptabilité du vendeur, vérifier ses salaires et les temps qu'il a passés à l'exécution de la fourniture, rechercher à quelles dates il a commandé des matières, etc. ; il en résultera finalement des discussions et des litiges tels que les clauses vagues devront être abandonnées et remplacées par des clauses d'application automatique ; le but ne sera plus de suivre la réalité au plus près, mais d'obtenir un forfait qui n'en diffère pas de façon par trop considérable ; nous étudierons *les clauses automatiques* dans notre quatrième chapitre, qui devra être particulièrement développé.

Enfin notre cinquième chapitre traitera *diverses questions communes aux clauses de principe et aux clauses automatiques*, telles que l'influence sur les révisions des avances et retards, des sous-commandes et plus-values ainsi que certaines difficultés administratives soulevées par l'application des clauses de révision.

C'est seulement dans notre conclusion, après avoir réuni tous les éléments du problème, que nous examinerons l'utilité des clauses de révision.

CHAPITRE PREMIER

Les fondements juridiques pour une demande de révision

Placé dans la situation que nous avons décrite, exposé à des pertes graves qui peuvent entraîner sa ruine lorsqu'une hausse importante des cours et des salaires a fait augmenter son prix de revient bien au delà des limites prévues, le vendeur doit naturellement chercher tous les fondements juridiques sur lesquels il pourrait baser une demande de révision ; cette recherche n'est pas facile : le principe romain de l'inviolabilité des contrats imprègne profondément nos codes, nos lois et notre jurisprudence ; les fissures sont peu nombreuses par lesquelles pourra s'infiltrer une demande de révision ; aussi le vendeur et ceux qui jugeront équitable de lui épargner des risques par trop graves devront-ils rivaliser d'ingéniosité pour torturer les textes et en extraire des conclusions favorables à leur thèse ; ils échafauderont donc des théories ingénieuses basées sur des explications subtiles et parfois tendancieuses ; nous devons examiner les unes et les autres et discuter soigneusement leur valeur ; nous les verrons ainsi reprendre une nouvelle vigueur en ces dernières années, car la théorie de l'imprévision et plusieurs lois de guerre et d'après-guerre semblent les consacrer ; de rudes coups sont portés au sacro-saint principe de l'invariabilité des contrats, ils paraissent l'ébranler, les partisans de la révision sont sur le point de triompher ; nous chercherons ce qu'il en est quand on va au delà des apparences et nous verrons ainsi qu'en réalité la

situation de notre vendeur n'est guère plus favorable aujourd'hui qu'avant la guerre : il ne peut baser sa révision sur aucun fondement solide.

Nous serons ainsi conduits à de longs développements, qui ne se rapportent pas aux clauses de révision proprement dites, mais forment la préface indispensable à leur étude : car les clauses de révision ne s'introduiraient pas dans les marchés si, en leur absence, la révision était possible ; au contraire, si tous les fondements juridiques sur lesquels pourrait s'appuyer une demande de révision sont inconsistants, le vendeur sera naturellement conduit à réclamer des clauses de révision.

Les diverses bases sur lesquelles on a voulu s'appuyer pour obtenir la révision des contrats sont de deux sortes : les unes sont tirées du *Droit civil* et les autres du *Droit administratif* ; nous les examinerons en deux sections successives.

SECTION I

Les fondements en Droit privé

Il peut paraître inutile d'examiner les fondements de la révision en droit privé dans une étude qui est principalement consacrée aux marchés administratifs.

Mais, tout d'abord, si nous parlons surtout de ces derniers, nous envisageons aussi les contrats de droit privé : or pour eux, le vendeur ne peut faire appel qu'aux principes du droit civil, et cela seul en justifie l'examen.

D'autre part, ces principes interviennent aussi pour les marchés administratifs eux-mêmes. On l'a parfois nié et certains auteurs ont prétendu établir une démarcation absolue entre les contrats régis les uns par les seules règles du droit privé, les autres par les seules règles du droit administratif.

Pareille affirmation est inexacte : M. le doyen Berthélemy, après avoir nié la différence qui existerait entre la bonne foi civile et la

bonne foi administrative, affirme avec force que « les principes éternels énoncés dans le Code civil quant à la manière d'interpréter les contrats » sont applicables en matière administrative (1), et M. le professeur Jèze développe et précise ce point de vue : « Il est, dit-il, des principes de justice et d'équité qui dominent tous les contrats de quelque nature qu'ils soient, de droit privé ou de droit public... ; ces principes s'appliquent incontestablement aux contrats administratifs proprement dits. Toutefois, il faut bien observer que les formules par lesquelles les codes de droit privé ont traduit plus ou moins heureusement ces principes ne s'appliquent pas aux contrats administratifs ; ce qui leur est applicable, ce sont les idées qu'expriment ces formules ; on pourra tirer argument de l'idée, non du texte » (2). De même M. Laferrière estime que les principes généraux du Code civil sont applicables aux contrats administratifs parce qu'ils édictent des règles de justice et de raison qui dominent tous les contrats ; « le marché de fournitures, dit-il, est un contrat *sui generis*, réputé complet par lui-même, qui emprunte au droit civil ou commercial des dispositions qu'il croit bonnes, néglige les autres et n'est pas présumé accepter celles qu'il passe sous silence » (3). De même encore M. Hauriou dit que « le marché de fournitures administratives doit s'inspirer des règles générales des contrats, mais il ne faut point lui étendre par analogie les règles des contrats spéciaux du Code civil » (4).

Ce qui limite l'application aux marchés administratifs des principes du droit civil, ce sont les nécessités de la vie collective (C. E., 25.11.21, Olive, R., p. 977 et concl. du comm. du gouv. Rivet) ; « l'intérêt général du fonctionnement régulier du service public exige une interprétation plus rigoureuse des obligations de l'entrepreneur ou du fournisseur » (5). « De son côté, l'Administration est obligée envers le cocontractant d'une manière plus stricte pour le cas où l'extension des obligations du contrat pour les besoins du service public causerait à celui-ci un préjudice anormal... » (6).

(1) *Rev. Polit. et Parlem.*, 10 juill. 1917, p. 24.

(2) *Rev. Dr. Publ.*, 1930, p. 685 et suiv.

(3) *Traité de la jur. adm. et des rec. cont.*, 2^e éd. 1896, II, p. 141.

(4) *Dr. Adm.*, 11^e éd., p. 857.

(5) Jèze, *ibid.*, p. 681 ; — v. aussi Laferrière, *Jur. adm. et contentieuse*, 2^e éd., 1896, II, p. 140.

(6) Jèze, *ibid.*, p. 684 ; — v. également les conclusions du commissaire du Gouvernement Latournerie, Scieries africaines, D. P. 30.3.13.

Or la révision ne nuit pas au fonctionnement du service public, on a même souvent affirmé qu'elle lui était nécessaire ; en conséquence, si elle était admise en droit privé, elle devrait a fortiori s'appliquer aux marchés administratifs.

Il est donc nécessaire que nous examinions les fondements de la révision en droit privé, tant pour les marchés soumis aux règles du Code civil que pour les contrats administratifs eux-mêmes.

Ces fondements, on les a recherchés soit dans les *principes généraux du droit civil*, soit dans la *jurisprudence civile*, soit dans *certaines lois de circonstance*.

A. — PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT CIVIL

Les principes sur lesquels on a cherché à baser la révision en droit civil sont : les vices du consentement, la condition, l'absence de cause, l'enrichissement sans cause, l'abus du droit, les articles 1134, 1156, 1150 du Code civil, la force majeure et la clause *rebus sic stantibus*.

a). *Les vices du consentement*

Il ne saurait être question de violence ou de dol.

L'*erreur* n'existe ni sur la substance de l'objet ni sur la nature de la convention, ni sur le prix ; l'erreur dans la soumission n'est pas retenue (C. E., 22.5.12, Grandjouan), l'erreur sur la possibilité de rémunération non plus (C. E., 20.7.21, Rouyer, R., p. 723).

A fortiori ne peut-on parler d'erreur pour une hausse postérieure à la signature du contrat ; cette hausse est en effet un événement qui peut survenir, alors que l'erreur, vice du consentement, est relative à un fait existant lors de la signature.

Reste la *lésion*, qui consiste bien en un déséquilibre entre les prestations, mais un déséquilibre concomitant au contrat et non provoqué par des circonstances ultérieures. D'ailleurs la lésion, établie au nom de la morale chrétienne par le droit canonique (doctrine du *justum pretium*), introduite au Moyen Age dans le droit séculier, élaborée en doctrine par l'École de Bologne, très discutée à la Renaissance, peu à peu abandonnée par le droit monarchique, n'est plus reconnue par le droit civil français depuis la Révolution, sauf

dans des cas très particuliers (art. 783, 887, 1305, 1658 et 1674 à 1685 C. civ.) qui n'ont aucun rapport avec la révision pour hausse des prix.

b) La condition

Pas plus que les vices du consentement, la condition ne peut être invoquée ; c'est en effet un événement futur et incertain, mais dont la réalisation aléatoire, explicitement prévue par le contrat, entraîne la naissance ou l'extinction d'un droit ; au contraire, nous envisageons ici un événement fortuit, invraisemblable et qui a justement pour résultat de troubler les prévisions des parties.

c) L'absence de cause et l'enrichissement sans cause

Il n'y a pas absence de cause ; car, dans le marché à livrer, la cause, pour le vendeur, est le paiement du prix par l'acheteur ; elle n'a aucunement disparu. Il n'y a pas non plus enrichissement sans cause (1), car l'enrichissement du créancier a une cause légitime, à savoir l'exécution du contrat par celui qui y était tenu en vertu d'un lien de droit.

d) L'abus du droit

Il n'y a abus du droit que si l'exercice d'un droit contractuel, ne présentant aucune utilité pour celui qui l'invoque, est réclamé dans la seule intention de nuire à la partie adverse (2) ; un créancier n'abuse pas de son droit en réclamant dans un but parfaitement normal l'exécution d'une obligation librement consentie (3).

e) L'article 1134 du Code civil et la bonne foi

Cet article fondamental établit à la fois le caractère obligatoire des contrats et la nécessité de leur exécution « de bonne foi ». Certains auteurs ont prétendu que le principe de la bonne foi dominait la volonté des parties, non seulement lors de la formation du contrat,

(1) Gueullette, *La guerre et les contrats*, p. 330 ; — Wahl, S. 1916.1.17.

(2) Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 101 ; — Planiol et Ripert, *Traité élém.*, p. 870 et suiv.

(3) Jacquemard, *La théorie de l'imprévision*, thèse, Alger, 1928, p. 119.

mais dans son exécution ; ils ont cité à cet égard la législation sur les loyers. « Si la bonne foi oblige à ne pas tromper son cocontractant, elle oblige aussi à ne pas s'enrichir de ses dépouilles si des circonstances imprévisibles font du contrat tout autre chose que ce qu'avaient envisagé les parties » (1).

Mais, répondent d'autres auteurs, « la bonne foi dont parle l'alinéa 3 est relative à l'étendue des obligations nées du contrat, non à leur existence. Aucune cause de nullité ni de résolution ne frappant le contrat, les obligations qu'il crée doivent s'exécuter ; à l'obligation du débiteur répond le droit du créancier et réclamer son dû n'est pas un acte de mauvaise foi ; la mauvaise foi consiste bien plutôt à ne pas tenir ses engagements » (2).

En tous cas, la jurisprudence moderne n'a jamais admis la supériorité de la bonne foi sur l'intention des parties, spécialement visée par l'article 1156.

*f) L'article 1156 du Code civil
et la commune intention des parties*

Mais, précisément, a-t-on dit, l'intention du débiteur ne peut être de se ruiner.

A cela, on peut répondre :

1^o que l'article 1156 vise l'interprétation d'une convention obscure, et non la recherche des intentions devant une convention claire et précise (Rouen, 18.11.52, D. 1853.2.126) ;

2^o que l'article 1156 vise la commune intention des parties contractantes et non les intentions discordantes, sinon opposées, de chacune d'elles (3).

*g) L'article 1150 du Code civil
et la limitation des dommages-intérêts*

L'article 1150 (4) limite les dommages-intérêts à leur partie prévue ou prévisible ; ainsi, dit-on, cet article fait peser sur la tête du

(1) Planiol et Ripert, *Tr. de Dr. civ.*, t. VI, p. 554.

(2) Radouant, *Cas fortuit et force majeure*, p. 59.

(3) Radouant, *op. cit.*, p. 62.

(4) Cf. Dumoulin, *Molin. opera*, éd. Paris, 1681, t. III, p. 439 et suiv. ; — Pothier, *Traité des obligations*, 1^{re} partie, chap. II, 164.

créancier l'obligation légale de subir une limitation à ce qu'on pouvait prévoir de ses droits sur l'équivalent pécuniaire de la prestation (1) ; si le débiteur n'exécute pas son obligation, il n'en doit que la partie prévue ou prévisible (art. 1150) ; comment le traiter plus défavorablement lorsqu'il exécute ? Agir autrement serait contraire à l'équité ; ce serait encourager le débiteur, non à s'exécuter, mais « à adopter cette attitude égoïste et préjudiciable à la bonne marche des affaires qui consiste à refuser catégoriquement de faire honneur à sa signature, au risque de mettre le créancier dans un grave embarras » (2). Quand le débiteur s'exécute, le créancier doit donc ajouter au prix convenu un supplément qui représente la partie imprévisible du prix de revient.

C'est là une construction juridique très ingénieuse, mais à laquelle on peut faire les objections suivantes :

1^o la doctrine et la jurisprudence se sont presque toujours entendu pour dire que ce qui doit être prévu, c'est la cause, la nature du dommage et non sa quotité (3) ;

2^o la thèse de M. Fyot aboutirait à tourner la théorie de la force majeure et à introduire dans notre droit des obligations la clause *rebus sic stantibus* (4) ;

3^o la différence entre les cas d'exécution et de non-exécution s'explique par le fait que les dommages-intérêts peuvent représenter beaucoup plus que la valeur de la prestation elle-même (valeur d'un objet transporté par rapport au prix du transport) ; il est donc normal de limiter les dommages-intérêts et cependant d'exiger l'accomplissement intégral de la prestation, formellement promise par le débiteur (5).

D'ailleurs, la jurisprudence n'admet en aucune façon une révision basée sur l'interprétation extensive de l'article 1150.

h) La force majeure

Les différents motifs que nous venons de passer en revue ont parfois été invoqués pour asseoir des théories doctrinales, mais leur

(1) Fyot, *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision*, thèse, Dijon, 1921, p. 183 à 192.

(2) Fyot, *loc. cit.*, p. 196.

(3) Jacquemard, *L'imprévision*, thèse, Alger, 1928, p. 120.

(4) Planiol et Ripert, *Traité de Dr. civ.*, t. VI, p. 554 ; — Jacquemard, *loc. cit.*

(5) Radouant, *op. cit.*, p. 60.

prise en considération par la jurisprudence n'a jamais présenté aucune chance ; aussi, dans la pratique, ne sont-ils qu'exceptionnellement invoqués. Les appels à la force majeure pour baser des demandes de révision de prix sont, au contraire, très fréquents.

On a pu dire que la force majeure était l'aspect juridique de la fatalité ; or l'homme a naturellement tendance à s'attribuer le mérite des événements qui lui sont favorables, mais à rejeter la responsabilité des événements défavorables, soit sur autrui, soit sur la fatalité ; il est donc inévitable qu'un contractant invoque la force majeure quand il veut faire résilier ou réviser un contrat signé par lui.

La résiliation est en dehors de cette étude ; nous rechercherons seulement si une demande de révision peut être basée sur un prétendu cas de force majeure.

Pour cela, nous devons d'abord rappeler brièvement en quoi consiste la force majeure. La fameuse question préliminaire de Foch : « De quoi s'agit-il ? » est d'autant plus indispensable ici que de fréquentes erreurs de terminologie sont commises non seulement par les profanes, mais par les juridictions civiles et administratives.

Le Code civil n'indique pas explicitement les conditions de la force majeure ; mais Bigot-Préameneu a précisé devant le Conseil d'État, le 11 brumaire an XII, que les dispositions du titre correspondant étaient puisées presque en entier dans le droit romain.

La classification des événements de force majeure et des cas fortuits, faite par Hotman en cinq espèces (*divinum, naturale, humanum, bestiale, fluviale*), que l'on pourrait d'ailleurs ramener à deux (*naturale* et *humanum*), est discutable ; la fameuse définition de Vinnius(1) : « *Casum fortuitum definimus omne quod humano captu praevideri non potest, nec qui praeviso potest resisti* » indique deux caractères très nets de la force majeure mais n'explicite pas l'impossibilité d'exécuter (2).

C'est donc seulement la jurisprudence et la doctrine contemporaines qui nous préciseront exactement les caractéristiques de la force majeure.

(1) Partit. juris, lib. II, cap. LXIV.

(2) *Du cas fortuit et de la force majeure*. Thèse, Paris, 1920.

M. Radouant, dans son étude très poussée sur la question (1) en cite quatre : l'extériorité, l'irrésistibilité, l'imprévisibilité et l'impossibilité d'exécuter ; il montre d'ailleurs que toutes ces caractéristiques se ramènent en fait à l'absence de faute, implicitement dans la jurisprudence française, explicitement dans le Code civil allemand (art. 275) et le Code fédéral suisse (art. 97, al. 1).

Soutenue par certains, combattue par d'autres, la nécessité de l'*extériorité* comme critérium de la force majeure se relie aux théories du risque et de la preuve et à l'éventuelle distinction du cas fortuit et de la force majeure ; nous n'avons pas à prendre parti ici : si l'augmentation des prix n'était pas indépendante de la volonté de l'entrepreneur, si elle ne lui était pas extérieure ou étrangère, il ne saurait évidemment prétendre à aucune révision ; notre étude se borne donc aux cas d'augmentation indépendants de la volonté du fournisseur ; le critérium d'extériorité est toujours réalisé, peu nous importe donc de savoir s'il est nécessaire pour l'existence de la force majeure.

L'*irrésistibilité* est nécessaire ; mais doit-elle être absolue ou relative ? L'irrésistibilité morale est-elle admise ? Elles aussi, ces questions sont en dehors de notre sujet ; car si la hausse n'était pas irrésistible, si le fournisseur pouvait résister aux demandes d'augmentation de salaires de son personnel ou se procurer ailleurs des marchandises à meilleur compte, la révision ne serait pas en cause. Dans le cas qui nous intéresse, il y a donc irrésistibilité physique absolue, peu nous importe de savoir si un moindre degré d'irrésistibilité serait encore suffisant pour entraîner la force majeure.

La nécessité de l'*imprévisibilité*, quoique discutée, est généralement admise ; elle aussi se rattache à l'éventuelle distinction du cas fortuit et de la force majeure ; la jurisprudence et la doctrine s'accordent le plus souvent pour estimer que les deux expressions (cas fortuit et force majeure), bien que représentant des idées différentes, peuvent s'employer cumulativement à propos du même fait (2) mais qu'en droit le cas fortuit et la force majeure entraînent les mêmes conséquences. Nous examinerons, à propos de la théorie de l'imprévision, quels doivent être les caractères de l'in-

(1) Étudiées par M. Radouant, *loc. cit.*, p. 137 et suiv.

(2) Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. II, p. 231.

prévisibilité ; nous verrons en particulier que les motifs invoqués par les fournisseurs pour justifier une demande de révision sont parfois prévisibles et parfois imprévisibles ; autrement dit, tantôt le troisième critérium est réalisé, tantôt il ne l'est pas.

Mais peu importe, car le quatrième critérium ne l'est jamais dans les demandes de révision.

Ce dernier critérium est en effet l'*impossibilité absolue d'exécuter*.

On a parfois prétendu qu'une difficulté très grande suffisait et de nombreuses erreurs de terminologie ont pu contribuer à entretenir cette erreur. Les débiteurs, nous l'avons vu, sont les premiers à qualifier de force majeure une circonstance qui a rendu très difficile l'exécution de leur contrat. Mais la même expression inexacte se rencontre dans des décisions judiciaires qui, assez nombreuses au commencement du XIX^e siècle, ont aujourd'hui à peu près disparu (Bordeaux, 24 juin 1826, S. 1826.2.306 ; Bordeaux, 26 août 1852, D. 1853.2.105 ; Rouen, 18 nov. 1852, D. 1853.2.126 ; Douai, 10 mai 1846, D. 1889.2.3 ; Trib. com. Seine, 11 mai 1915, D. 1917.2.47) ; de même les conclusions de M. Chardenet dans l'affaire du gaz de Bordeaux appellent force majeure un trouble grave apporté dans l'exécution du contrat ; comme celui du 30 mars 1916, tous les arrêts relatifs à l'imprévision parlent de la « situation de force majeure » causée par l'augmentation du charbon ; le Code civil lui-même (art. 1954) semble considérer comme type du cas de force majeure le vol à main armée qui peut n'entraîner qu'une simple difficulté d'exécution.

De si nombreuses et si importantes références ne permettent-elles pas de soutenir qu'une très grosse difficulté est un cas de force majeure ? En aucune façon, car, malgré l'autorité de leurs auteurs, elles ne constituent que des erreurs de terminologie, erreurs regrettables certes, et dangereuses par les conséquences que l'on pourrait prétendre en tirer ; mais simples lapsus ne pouvant entamer le principe solidement établi que la force majeure nécessite l'absolue impossibilité d'exécuter (1).

Certes, la doctrine et la jurisprudence italiennes sont assez dis-

(1) Capitant, note D. P. 1917.2.33 ; — Lebon, *Problèmes économiques nés de la guerre*, chez Payot.

posées à remplacer l'impossibilité absolue par la diligence normale du bon père de famille ; mais les divergences commencent lorsqu'il s'agit d'appliquer cette théorie dans la pratique. L'impossibilité relative, introduite dans le Code civil allemand et admise par Colin (1), n'a pas eu de succès en France. L'exigence de l'impossibilité absolue a pu paraître trop rigoureuse pour le débiteur ; mais pourquoi lui sacrifier le créancier qui est souvent plus intéressant ? (2). La solution adoptée, quelle qu'elle soit, produit des injustices dans certains cas (3) ; il importe donc de choisir celle qui introduira le moins d'incertitude dans les conventions et le moins de trouble dans les opérations commerciales, et par conséquent celle qui respecte au maximum l'inviolabilité des obligations (4). « C'est un motif pour ne pas relâcher, dans un mouvement irréfléchi et imprudent de compassion mal entendue, les liens d'obligation tant qu'ils peuvent être exécutés ; car ce serait une justice étrange que, pour l'avantage d'un seul, sur qui doit naturellement retomber le risque, puisqu'il s'y est volontairement exposé, ceux-là soient condamnés à le supporter que rien n'y exposait rationnellement et qui avaient peut-être passé leurs contrats précisément pour y échapper. La stabilisation des conventions est une nécessité sociale et un principe de bon sens ; elle est aussi une règle de justice » (5).

On ne peut donc en aucune façon se baser sur l'équité pour tenter de répudier les principes traditionnels, fermement établis par une jurisprudence constante ; la presque unanimité des décisions judiciaires admet que l'impossibilité doit être absolue ; leur nombre même en interdit toute tentative d'énumération ; la Cour de Cassation applique ces principes aujourd'hui comme en 1818. « Il y a là une fixité parfaite et cette rigidité constante de doctrine apparaît d'autant plus remarquable qu'elle se dégage de la diversité successive et sans cesse multipliée à travers le XIX^e siècle des cas qui soulevaient la question de la force majeure » (6). La dernière épreuve de la théorie fut aussi la plus significative : pendant et après la

(1) Note D. 1904.2.73.

(2) Radouant, *op. cit.*, p. 103 ; — Wahl, S. 1916.1.17 ; — Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 82.

(3) Planiol et Ripert, *Tr. de Dr. civil*, t. VII, p. 548.

(4) Demolonbe, *Cours de Code Napoléon*, XXIV, n° 550.

(5) Radouant, *op. cit.*, p. 106.

(6) Radouant, *op. cit.*, p. 111.

guerre de 1914-1918, l'unanimité des décisions s'est faite plus complète que jamais pour exiger comme condition de la force majeure l'impossibilité absolue, c'est-à-dire générale, indépendante de la personnalité du débiteur et de ses moyens d'action. *Pas plus que la difficulté, l'impossibilité relative ou subjective ne suffit pour constituer la force majeure.*

La jurisprudence administrative, après avoir paru admettre, dans quelques décisions isolées (5.3.09, Dép. Seine, R., p. 246 ; 3.7.12, Ariège, R., p. 771 ; 1.8.14, Messageries Maritimes, R., p. 997), qu'un obstacle insurmontable pouvait résulter d'un événement troublant très gravement l'économie du marché, exige maintenant, elle aussi, l'impossibilité absolue ; évidemment, elle a employé à tort l'expression « force majeure » dans de très nombreux cas d'imprévision ; mais on ne peut considérer cette erreur de terminologie que comme un simple lapsus, si on la rapproche des très nombreuses décisions où la force majeure est écartée parce qu'il y a grande difficulté mais non impossibilité. Parmi des quantités d'autres décisions en ce sens, citons les suivantes : 24.7.18, Gouguenheim, R., p. 745 ; 11.12.18, da Cunha Matos ; 5.2.19, Lévy, R., p. 119 ; 12.3.19, L'Épargne française, R., p. 246 ; 31.12.19, Léonard, R., p. 969 ; 19.3.20, Grados, R., p. 503 ; 12.7.20, Haillot-Delcourt, R., p. 695 ; 3.11.20, Worms, R., p. 902 ; 10.11.20, Electro Dives, R., p. 936 ; 8.2.28, Soc. des Constructions économiques, R., p. 196 ; 16.2.21, Daisay, R., p. 173 ; 9.3.28, Scieries africaines et conclusions de M. Latournerie, comm. du gouvernement, R.D.P. 1928 p. 326 et 329 ; 26.7.22, Molle, R., p. 653 ; 26.6.21, Grand Dépôt de Meubles, R., p. 608 ; 5.11.19, Dreyfus, R., p. 781 ; 21.2.23, Barthélemy, R., p. 170 ; 4.2.20, Bory, R., p. 119 ; 6.7.19, Jacquemard, R., p. 664 (1).

Nous pouvons donc dire qu'elle aussi, *la jurisprudence administrative exige l'impossibilité absolue pour qu'il y ait force majeure ; il ne lui suffit pas — elle l'a très souvent affirmé — « que l'exécution soit seulement plus difficile ou plus onéreuse ».*

Or une hausse des prix, une augmentation des salaires rendent l'exécution d'un marché plus difficile ou plus onéreuse, mais non

(1) Voir également Tétreau, *Des marchés de fournitures*, 246 et suivants ; — Wahl, *Droit civil et commercial de la guerre* ; — Jèze, R. D. P. 1932, p. 260 à 269.

impossible. « Tantôt c'est le débiteur lui-même qui, dans la naïveté de son ardeur au gain, en a fourni la démonstration irrécusable, que les tribunaux n'ont qu'à relever pour donner à leurs jugements la base la plus solide et la plus élégante : il s'agit de ces offres par lesquelles un vendeur propose à un acheteur de lui livrer la marchandise qui a fait l'objet du contrat, mais à un prix majoré, prétendant que la force majeure l'empêche de livrer aux prix stipulés ». Et M. Radouant, à qui nous empruntons cette citation, énumère de nombreux exemples en ce sens (1). Tantôt encore le débiteur s'était acquitté vis-à-vis de certains clients dont les marchés lui étaient avantageux (2). Tantôt enfin d'autres débiteurs, placés dans la même situation, ont pu faire face à leurs engagements (3). Dans tous ces cas, l'absence d'impossibilité est évidente. Le premier d'entre eux se suffit à lui seul en ce qui nous concerne : par le fait même qu'il demande une révision, le fournisseur reconnaît que l'exécution est possible, donc il n'y a pas force majeure.

Une seule hypothèse nous paraîtrait justifier la force majeure : c'est celle où le fournisseur prouverait que, ruiné par l'exécution du marché à la suite d'une hausse anormale et imprévisible, il serait, par suite de manque de fonds, dans l'impossibilité absolue de continuer cette exécution sans faire aussitôt faillite (4). Dans ce cas exceptionnel d'ailleurs, l'admission de la force majeure en produirait les effets éventuels, à savoir la résolution du contrat, mais non sa révision.

Car, il importe de bien le remarquer, *même si elle était admise, la force majeure ne pourrait jamais conduire à la révision*. Si elle est temporaire, elle entraîne la suspension du marché et par conséquent la prolongation des délais contractuels ; si elle est définitive, elle entraîne la résolution du marché (art. 1184 C. civ.) ; il y a alors lieu à dommages-intérêts (5) ; évidemment, le créancier, s'il tient à la fourniture, peut passer avec le même débiteur un nouveau marché comportant un prix plus élevé ; mais cette éventualité ne serait en aucune façon une révision du marché primitif.

(1) *Op. cit.*, p. 29.

(2) Voir décisions en ce sens, Radouant, p. 29.

(3) *Op. cit.*, p. 30.

(4) Note D. 1916.2.112.

(5) *Code civil Dalloz*, art. 1184, notes ; — *Capitant, Précis Dalloz*, t. II, § 126 ; — *Planiol et Ripert, Traité élém.*, 11^e éd., 1313.

En résumé, une hausse anormale n'est presque jamais un cas de force majeure ; si exceptionnellement elle peut lui être assimilée, il en résulte une résolution et non une révision du marché.

Mais, en aucune circonstance, un fournisseur ne peut invoquer une hausse comme cas de force majeure justifiant une révision des prix.

La force majeure peut bien avoir une influence indirecte sur la révision, en justifiant par exemple qu'un achat n'a pu être effectué avant l'aggravation de la hausse ; cependant, ici encore, la révision n'est pas basée sur la force majeure elle-même, mais sur une autre cause telle que l'imprévision.

i) *La clause rebus sic stantibus*

La révision ne peut être basée sur la force majeure ; certains de ses partisans l'admettent, mais ils prétendent arriver beaucoup plus sûrement au même résultat en invoquant la clause tacite *rebus sic stantibus*.

Les parties, disent-ils, contractent en se basant sur les conditions existantes ; leur accord est subordonné au maintien de ces conditions. Si, par suite de changements impossibles à prévoir, la situation se modifie complètement, si les circonstances nouvelles sont en contradiction absolue avec celles qui existaient au moment du contrat, la volonté des parties ne trouve plus à s'appliquer, elle disparaît avec l'état de fait qu'elle avait en vue ; le contrat tombe, car il était subordonné au maintien des circonstances qui l'avaient fait naître : *omnis pactio intelligitur rebus sic stantibus et in eodem statu manentibus* ; si cette clause n'est pas explicitée dans les contrats, c'est parce qu'elle va de soi, elle est toujours sous-entendue.

Cette théorie, disions-nous, amènerait beaucoup plus souvent la révision que celle de la force majeure ; car elle ne nécessite ni des conditions difficiles à remplir ni même des recherches subjectives sur la volonté des parties mais seulement la constatation objective que les circonstances ont beaucoup changé ; ce « beaucoup », qui n'est même pas toujours exigé, est bien vague et c'est là un grand danger de la théorie ; car on risque d'augmenter indéfiniment le nombre des contrats révisables.

Des considérations historiques ont été invoquées pour justifier

la théorie (1) ; son principe a été recherché dans le *Droit romain* ; mais certains des textes invoqués sont peu précis (2) ;

d'autres concernent des cas d'espèce (3) ;

d'autres encore ne font qu'exprimer des opinions individuelles ou des thèses d'écoles (4) ;

le texte le plus souvent cité, celui d'Africain au Digeste, XLVI, 3, fr. 38 (...*tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur si in eadem causa maneat*) est généralement considéré comme incapable de justifier la théorie (5).

Tout ce que l'on peut dire, c'est que « la nécessité logique de reconnaître que les contrats doivent avoir une certaine souplesse qui leur permette de se plier aux circonstances et de s'adapter aux événements avait bien été entrevue à Rome ; cette idée existait dans l'esprit des jurisconsultes, comme dans la morale des philosophes. Les textes que nous possédons nous obligent à croire toutefois qu'elle n'avait pas fait l'objet d'un système juridique, mais qu'elle inspirait aux praticiens du droit, et seulement dans des cas d'espèces, des solutions d'équité ; ainsi, tout en conservant aux conventions leur base solide, on leur enlevait ce que leur rigidité pouvait avoir d'odieux » (6).

En réalité, tout le droit romain des contrats est, comme notre Code civil, profondément pénétré de ce principe que la convention fait la loi des parties ; des textes formels l'établissent, comme ceux

(1) Voir à ce sujet : Cattand, *La clause rebus sic stantibus du droit privé au droit international*, thèse, Paris, 1929 ; — Roubier, *De l'influence du changement de circonstances sur les contrats en droit public*, thèse, Lyon, 1914 ; — Radouant, *Cas fortuit et force majeure*, th. Paris, 1920 ; — Osti, *La cosiddetta clausola rebus sic stantibus vel suo sviluppo storico* (Riv. di diritto civile, 1922, p. 1) ; — Dusi, *Sulla clausola...* (Riv. di diritto commerciale, 1911, 2, 148) ; — Manara, *Sulla clausetta* (*ibid.*, 1916, 2, 46) ; — Ripert, *La règle morale*, p. 148 et suiv. ; — Planiol et Ripert, *Traité de Droit civil*, t. VI, p. 545 et suiv.

(2) Paul, Dig. L, 17, fr. 144 ; — Paul, Dig. XLV, 1, fr. 40 ; — Paul, Dig. L, 17, fr. 85.

(3) Neratius, Dig. XII, fr. 8 ; — Marcien, Dig. XXXIV, 8, fr. 3 ; — Dig. XIX, 2, fr. 54 ; — Dig. XXVIII, 6, fr. 43 ; — Code Justinien, V, 1, 5, § 4 ; — *Ibid.* VIII, 55, 7, 8 et 10.

(4) Marcellus, Dig. XLV, 1, fr. 98 ; — Sénèque, *De beneficiis*, Liv. IV, 35 ; — Cicéron, *De officiis*, Liv. I, 10 et Liv. III, 25.

(5) Koch, *Das Recht des Forderungen nach gem. und nach preuss. Recht*, Breslau, 1859, t. II, p. 505 ; — Förster, *Theorie und Praxis des heut. gemeinen preuss. Privatrechts*, Berlin, 1865, t. I, p. 526 ; — Barsanti, p. 20 ; — Bruzin, th. Bordeaux, 1922, p. 90.

(6) Cattand, *op. cit.*, p. 30.

d'Ulpien : « *Contractus legem ex conventione accipiunt* » (1) et « *Hoc servabitur quod initio convenit ; legem contractus dedit* » (2).

Il n'est donc pas possible de baser la clause *rebus sic stantibus* sur les théories générales du droit romain ; mais le principe en a été souvent appliqué par les canonistes qui, « toujours disposés à favoriser les solutions d'équité » (3), s'appuyaient sur certains passages de saint Augustin (4), de Gratien (5) et de saint Thomas d'Aquin (6) ; mais la clause, commentée par les canonistes puis par les glossateurs, n'est érigée en doctrine générale que par les post-glossateurs (xiv-xvi^e siècles) et l'école de Bologne ; Bartole, Balde la généralisent de plus en plus ; Jason de Mayno la sous-entend dans tous les actes de volonté ; mais cette « application imprudente aux relations juridiques de certaines idées morales » (7) tend à supprimer toute sécurité dans les contrats, comme le montre Grotius (8).

Aussi la clause *rebus sic stantibus* n'est-elle jamais reconnue en France comme un principe ; tout au plus peut-on citer quelques décisions judiciaires isolées qui tempèrent quelque peu les conséquences par trop rigoureuses de contrats à très long terme : par exemple un arrêt du parlement de Grenoble du 2 mars 1634 relève le montant de la prestation due par les habitants d'une localité au propriétaire d'un four banal parce que sa valeur, fixée par convention, était devenue dérisoire avec le temps (9) ; citons encore un arrêt du Grand Conseil (13 sept. 1681) rendu en faveur des religieux de la Grande-Chartreuse (10) ; mais, à côté de ces exceptions, des centaines de jugements en sens inverse confirment la règle de l'invariabilité des contrats, universellement admise par le droit français de la période monarchique.

Nos grands jurisconsultes des xvii^e et xviii^e siècles sont telle-

(1) Dig. L, 17, De diversis regulis juris antiqui, fr. 23.

(2) Dig. XVI, 3, Depositi vel contra, I, § 3.

(3) Bomsel, *Imprévision*, thèse, Paris, 1922, p. 14.

(4) Sermons au peuple, 1^{re} série, sermon CXXXIII.

(5) Decret. II, Causa XXII, Questio II.

(6) Summa théol., II, 2, 110, 3.

(7) Cattand, *op. cit.*, p. 38.

(8) De Jure belli, II, 16, § 25, 2.

(9) Arrêt rapporté par Chorier dans son édition des Décisions de Guy Pape, 1692, liv. II, sect. XII, Des droits seigneuriaux, art. 17.

(10) Cité par Cattand, *op. cit.*, p. 44.

ment pénétrés des grands principes du Droit romain à ce sujet qu'ils n'envisagent même pas la possibilité qu'un changement des circonstances puisse modifier un contrat.

La clause avait eu plus de succès à l'étranger : en Italie, Alciat, chef de l'école historique ou des humanistes, l'admet de la façon la plus large pour tous les actes juridiques ; au xviii^e siècle, l'unanimité des auteurs italiens est de cet avis : *Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur* (1) ; soutenue aux xvii^e et xviii^e siècles par plusieurs auteurs (de Cocceji, de Leyser) et en particulier par la doctrine allemande, la théorie est admise par divers codes germaniques : le *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756 (4^e partie, chap. XV, § 12) déclare que « toutes les obligations renferment en elles d'une manière tacite la clause *rebus sic stantibus* », mais il s'efforce ensuite d'en délimiter le champ d'application avec le plus de précision possible ; le code général pour les États prussiens de 1794 admet la dissolution des contrats par changement de circonstances (1^{re} partie, titre 5, § 377 à 380).

Le fondement de la clause est estimé si général qu'elle est étendue par les auteurs italiens et allemands à tous les actes qui supposent l'expression d'une volonté : contrats, lois, traités internationaux ; mais personne n'avait cherché à lui donner des règles rigoureuses pour éviter des abus faciles à prévoir et un cadre précis pour prévenir des confusions avec des notions basées sur un principe analogue (2).

Aussi, même à l'étranger, la théorie tomba-t-elle en désuétude sans que personne en eut combattu le principe, sans que même personne en eut tenté l'examen sérieux (3) : « Nous voyons où la clause n'a plus été appliquée mais nous ne savons pas pourquoi elle n'a pas été appliquée ».

Le droit anglais n'a jamais admis la clause ; le *leading case* en cette matière est le *case Paradine v. Jane* de 1647 qui refuse d'admettre un cas de force majeure au bénéfice d'un contractant parce

(1) Osti, *La cosiddetta clausola r. s. s. nel suo sviluppo storico*, dans *Riv. dir. civ.*, 1912, p. 1.

(2) Serbesco, *Effets de la guerre sur l'exécution des contrats*, dans *Rev. Trim. Dr. P.*, 1917, p. 349.

(3) Serbesco, *ibid.* ; — Osti, *loc. cit.*, p. 58.

qu'il aurait pu se précautionner à son encontre dans le contrat passé par lui » (*because he might have provided against it by his contract*). La règle anglaise est bien conforme d'ailleurs au caractère britannique. « Le droit anglais n'aime pas à protéger les majeurs ; ils sont assez grands pour se protéger eux-mêmes. S'ils n'ont pas su le faire, tant pis pour eux ; à chacun selon sa prévoyance » (1).

En résumé, dans certains pays, la doctrine a admis la clause tacite pour l'abandonner ensuite ; dans d'autres, elle ne s'y est jamais ralliée ; dans aucun, elle n'en a fait une théorie complète et cohérente ; dans aucun, on ne peut la considérer comme un des grands principes du droit.

Les codes sont-ils plus nets ? On a prétendu que le Code civil allemand, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900, admettait la clause ; mais ses articles 351 et 610 prévoient seulement des sûretés au profit d'un contractant, lorsque l'autre partie est menacée d'insolvabilité ; ses articles 519, 605, 626, 627, 671 § 2, 696 § 2 et 1298 sont de simples cas de dénonciation unilatérale de contrats spéciaux, comme en prévoient tous les codes civils ; en réalité, l'examen des travaux préparatoires du Code civil allemand montre que le législateur n'a jamais entendu généraliser l'emploi de la clause dans la matière des contrats (2). Le Code fédéral suisse du 30 mars 1911 admet nettement la clause dans des cas, d'ailleurs parfaitement déterminés, où l'exécution d'un contrat serait intolérable à l'une des parties (art. 250, 269 et 291), mais il ne songe nullement à en faire une théorie générale.

Les textes du Code civil italien sont aussi nets que ceux du Code civil français en faveur de l'invariabilité des contrats ; en particulier l'article 1124 : « *I contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto e nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano* » reproduit notre article 1135 et l'article 1123 : « *I contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che le hanno fatti* » ressemble étrangement à notre article 1134.

C'est cet article 1134 qui, dans le Code civil français, domine

(1) Lévy-Ullmann, *L'inexécution du contrat pour cause d'impossibilité dans le droit anglais*, dans *Annales du Dr. Comm.* 1921, p. 279 et suiv.

(2) Kaufmann, *Die Klausel...*, Heidelberg, 1907, p. 2 et suiv.

toute la matière des contrats : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Les travaux intermédiaires le montrent surabondamment, et en particulier le discours prononcé au Corps législatif par le tribun Mouricault à la séance du 17 pluviôse an XII et le rapport fait au Tribunat par le tribun Favard à la séance du 13 pluviôse an XII : les législateurs ont fait passer les préoccupations d'ordre social avant les idées d'équité dont s'étaient surtout inspirés les canonistes. Permettre de discuter les contrats, c'est tuer la sécurité et la confiance dans les relations privées et internationales, c'est, suivant l'expression de M. Demogue (1), « ébranler une des colonnes du temple ». Les rédacteurs du Code civil ne l'ont pas voulu et ils ont rendu le contrat obligatoire pour les parties, pour les tribunaux et pour le législateur lui-même ; ils n'ont fait aucune exception pour les contrats successifs ; à la convention, ils ont subordonné l'équité qu'ils ne recommandent même pas aux magistrats dans les articles 1156 et suivants ; ils ont enchaîné le juge pour prévenir l'arbitraire qu'ils reprochaient aux anciens parlements (2).

Les partisans de la clause ont cité les articles 960, 1443, 1563, 1889 et 1944 ; mais les dispositions particulières qu'ils édictent ne peuvent être considérées comme l'application, même réduite à des cas spéciaux, de la clause *rebus sic stantibus*.

Cette clause, le Code civil l'ignore totalement ; toute l'école classique (3) en rejette l'application possible (4) ; la doctrine contemporaine est dans le même sens ; et si certains auteurs veulent encore introduire l'imprévision dans le droit des contrats, ils ne cherchent plus à la justifier par l'existence d'une clause tacite.

En résumé, si des textes précis ont souvent admis dans des cas particuliers qu'un changement des circonstances pouvait modifier les obligations d'un contrat, si certains codes ont fait des applications strictement limitées de la clause *rebus sic stantibus*, aucune base historique sérieuse ne peut en justifier l'existence tacite dans tous les contrats, *aucun code n'en a fait une application générale*.

(1) *Rev. trim. de dr. civ.*, 1907, p. 245 et suiv.

(2) Laurent, *Principes de droit civil français*, t. 16, p. 238 et suiv.

(3) Demolombe, XXIV, 550 ; — Laurent, XVI, 265 ; — Aubry et Rau, 5^e éd., t. V, § 308, p. 167.

(4) Voir cependant Larombière, *Obligations*, IV, 1234.

* * *

Nous avons ainsi terminé l'examen de tous les principes généraux sur lesquels on a voulu baser la révision en droit civil : aucun n'est à retenir. Bien des tentatives ont été faites pour torturer les textes et en tirer les conséquences souhaitées : elles ont abouti à des échecs. « Le Code de 1804, dit M. Jacquemard (1), sous son actuelle rédaction, ne donnera pas le jour à une théorie de l'imprévision dont il n'a jamais pu prévoir l'éventualité. Les efforts sont vains d'une exégèse par trop poussée dont les auteurs sont tombés dans l'abus critiqué par M. Gény quand il fait le procès de ces théories qui s'efforcent d'atteindre leur but en s'appuyant sur des textes manifestement étrangers ou même hostiles à la solution qu'on y rattache ».

S'ils doivent absolument renoncer à trouver des justifications dans les principes généraux du droit civil, déduits de recherches historiques ou de textes des codes, les partisans de la révision seront-ils plus heureux en s'appuyant sur la jurisprudence ?

B. — JURISPRUDENCE CIVILE

Du fait que les principes généraux ne justifient pas la révision des contrats, il ne résulte pas que la jurisprudence doive nécessairement l'ignorer ; et nombreuses sont les théories jurisprudentielles qui, à l'instar du droit prétorien, se sont créées en marge des textes du Code ; mais il faut pour cela que le Code se taise, et ne donne pas des principes opposés à ceux qu'on voudrait introduire ; or, dans le cas qui nous occupe, le Code n'est pas muet, il se prononce nettement contre toute révision.

Cependant une fissure subsiste peut-être, par où pourrait s'infiltrer insidieusement une théorie civile de l'imprévision : les juges ne peuvent dénaturer le contrat, mais ils ont le droit et même le devoir de l'interpréter en recherchant la commune intention des parties plus que le sens littéral des termes ; ils pourront donc affirmer que l'intention des parties n'était pas d'exécuter le contrat dans des conditions anormales, imprévisibles, extraordinaires, qui en bouleversent totalement l'économie ; ils pourront corriger la volonté exprimée par la volonté implicite.

(1) Thèse sur l'imprévision, Alger, 1928, p. 124.

a) En France

On pourrait ainsi concevoir une théorie jurisprudentielle de l'imprévision et, de fait, pendant la première moitié du XIX^e siècle, la jurisprudence a admis la clause *rebus sic stantibus* dans quelques cas d'obligations successives ou réputées telles (Cass. 20 août 1838, S. 1838.1.242 et S. 1838.1.973 ; Rouen, 9 fév. 1844, D. 1845.2.4 ; Bordeaux, 26 août 1852, S. 1853.2.34 ; Rouen, 18 nov. 1852, D. 1853.2.126) ; mais, dans la deuxième moitié du siècle, si quelques très rares décisions de Cours d'appel restent dans le même sens (Nancy, 14 juill. 1871, S. 1873.2.38), la très grande majorité d'entre elles est en sens opposé et la Cour de Cassation refuse, de façon continue et radicale, toute application de la clause *rebus sic stantibus*. Ainsi, l'élévation du contingent de 80.000 à 140.000 hommes lors de la guerre de Crimée avait rendu les contrats de remplacement beaucoup plus onéreux pour l'assureur ; les cours de Douai (3 mai 1854, D. 1854.2.129), Rouen (3 juin 1854, eod.), Rennes (12 juin 1854, D. 1854.2.129) et Poitiers (8 mars 1855, D. 1856.1.100) annulèrent les contrats pour changement des conditions dans lesquelles ils avaient été conclus ; mais la Cour de Cassation cassa tous ceux de ces arrêts qui lui furent déférés (Civ. 9 janv. 1856, D. 1856.1.33 ; 11 mars 1856, D. 1856.1.100) parce que « l'assureur ayant consenti à garantir l'assuré s'est fait à lui-même une loi dont il ne saurait s'affranchir plus tard, en alléguant que ses prévisions ont été trompées : c'était à lui de limiter son engagement et de le restreindre à des chances déterminées ».

L'arrêt le plus fameux est celui du canal de Craponne : par un contrat passé en 1567, Adam de Craponne s'était engagé à construire un canal pour l'arrosage des champs de la commune de Pélissanne et à le maintenir perpétuellement en état, moyennant une redevance de trois sols pour chaque arrosage d'une cartierade (190 ares) ; trois siècles plus tard, cette redevance, établie lorsque le prix des journées de main-d'œuvre était inférieur à 45 centimes pour les hommes et 20 centimes pour les femmes, était devenue absolument disproportionnée avec les dépenses que devait faire M. de Gallifet, successeur d'Adam de Craponne, pour payer l'eau, l'entretien du canal et le salaire de l'eygadier. Le Tribunal civil d'Aix (18 mars 1841) et, 32 ans plus tard, la Cour d'Aix (31 décembre 1873) por-

tèrent donc la redevance à 60 centimes, pour rétablir « une corrélation équitable » entre les prestations ; les motifs invoqués se rapportaient nettement à l'existence d'une clause *rebus sic stantibus* dans les contrats successifs. Mais la Cour de Cassation (6 mars 1876, D. 1876.1.193) cassa l'arrêt de la Cour d'Aix : « La règle de l'article 1134, dit-elle, est générale, absolue et régit les contrats dont l'exécution s'étend à des époques successives, de même que ceux de toute autre nature ; dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties... » C'est la *condamnation formelle, absolue, de la soi-disant clause rebus sic stantibus*.

Cette jurisprudence n'a plus varié jusqu'en 1914 ; mais pourrait-elle résister à la grande guerre ?

La loi du 5 août 1914, en prorogeant certaines échéances à raison de l'état de guerre, indiquait par cela même que les contrats, droits et obligations subsistaient ; c'est ce que décida la très grande majorité des cours et tribunaux ; quelques juridictions, il est vrai, essayèrent d'adoucir la force obligatoire des contrats et d'admettre une clause tacite *rebus sic stantibus* dans les conventions antérieures au 2 août 1914 ; mais elles se butèrent à la jurisprudence inébranlable de la Cour de Cassation, qui n'y a plus jamais admis la moindre fissure ; les décisions en ce sens sont trop nombreuses pour que nous puissions songer à les énumérer ; elles se sont invariablement renouvelées dans le même sens jusqu'à nos jours ; en particulier, ces dernières années, la jurisprudence a toujours refusé d'admettre que le changement de valeur de la monnaie puisse justifier une révision des contrats ; citons par exemple les arrêts relatifs à la célèbre affaire des cheptels (Cass. 6.6.21, S. 1921.1.193).

On a prétendu que cette jurisprudence devrait évoluer à la suite des nombreuses lois de guerre ou d'après-guerre qui ont admis des modifications aux contrats (moratoire, loi Failliot, toutes les lois sur les loyers, sur les baux ruraux, sur la propriété commerciale, délais de grâce, contrat de travail des mobilisés, stabilisation du franc, réduction des charges des fondations, etc.) ; mais il s'agit là de mesures de circonstances, prises par le législateur dans un but d'intérêt social ; leur nombre, peut-être trop grand, n'a certainement pas fortifié le respect de la parole donnée dans l'opinion indi-

viduelle ou internationale, nous en voyons tous les jours de nouvelles preuves ; mais la jurisprudence civile française ne s'est pas laissée entamer ; elle n'a jamais voulu considérer ces mesures particulières comme des applications d'une théorie générale ; à moins d'exception expressément formulée par une loi spéciale, le grand principe romain de l'immutabilité des contrats subsiste avec la même force.

b) A l'étranger

On a opposé à la jurisprudence française l'exemple de certaines jurisprudences étrangères : ainsi, plusieurs décisions de la *jurisprudence italienne* admettent l'application de la clause *rebus sic stantibus* (Cour d'appel de Parme, 8 mai 1885, Giur. Tor. XXII, p. 577 et suiv. ; Cour d'appel de Florence, 3 mars 1914, Riv. dir. commerc. 1915.2.148 ; Cass. Turin, 19.11.98, Giur. it. 1899 I.1.22 ; Cass. Turin, 16 août 1900) ; mais la question est discutée (Bologne, 24 janvier 1913, Riv. dir. com., 1913.2.142) et, comme en France, les juridictions supérieures restent attachées aux principes traditionnels (Cass. Florence, 20 avril 1914 et 3 déc. 1914).

En *Allemagne*, la chute catastrophique du mark a soulevé la doctrine contre l'immutabilité des contrats (1) ; la jurisprudence s'est peu à peu modifiée ; la Cour de Leipzig, qui repoussait la clause *rebus sic stantibus* en 1913 (*Juristische Wochenschrift*, 1914, p. 296), l'applique les 11 juillet 1916 et 2 mai 1919, puis l'admet explicitement le 21 septembre 1920 ; l'évolution se poursuit dans une longue suite d'arrêts de la Cour de Leipzig (*Juristische Wochenschrift*, 1920, p. 276, 277, 375, 1597 ; 1921, p. 23, 24, 833, 1597) ; la jurisprudence prononce la résiliation d'un contrat si son exécution menace de devenir « à proprement parler ruineuse » (*geradezu ruinös*) pour le débiteur ; puis elle fait intervenir la bonne foi (*Treu und Glauben*) ; la rescision n'opère pas *ex tunc*, mais *ex nunc* ; suivant les cas, il y a résiliation ou modification par le juge. La jurisprudence allemande, seule, admet donc nettement la clause *rebus sic stantibus* ; cette particularité peut s'expliquer par le caractère exceptionnellement catastrophique de la dépréciation monétaire en ce pays ; mais il n'est pas défendu de supposer que la Cour de Leipzig, dont

(1) Voir en particulier Kruckmann, Boeckel, Plum, Geiler, Rosenthal.

les tendances sont connues, n'a pas été fâchée de porter la hache dans les principes traditionnels et d'étendre les cas où s'impose la révision des contrats ; il serait quelque peu paradoxal de soutenir que les conventions sont immuables à l'intérieur et révisables à l'extérieur...

En *Angleterre*, la jurisprudence s'est opposée, comme la doctrine, à la révision des contrats. « Vous ne promettez pas, dit un juriste anglais, ce que vous ne pouvez pas exécuter (*you shouldn't promise what you can't perform*), c'est là une recommandation aussi juste qu'elle est familière. Aucun homme n'est obligé de se lier par un contrat pur et simple (*an absolute contract*). Il peut se précautionner à l'encontre d'autant de contingences qu'il lui plaît d'en prévoir ; et s'il choisit de s'engager conditionnellement (*conditionally*), il n'a qu'à s'en prendre à lui-même si les conséquences lui sont défavorables » (1). Cependant la jurisprudence admet certains cas de ruptures de contrat par suite d'empêchements : *act of God*, *act of legislature*, *alternation in the law*, etc. ; c'est la jurisprudence de la *frustration of the adventure* exposée de façon approfondie par M. Lévy-Ullmann (2) et illustrée par la fameuse différence entre les *coronation cases* et les *cab cases* ; elle s'étend considérablement pendant la guerre et en vient à admettre qu'il n'y a pas engagement si l'impossibilité provient d'une cause « *that neither party can reasonably have contemplated* » au moment de la passation du contrat ; mais ici elle recule d'horreur, car, contrairement à toute la tradition juridique anglaise, elle va se trouver conduite à effectuer une recherche psychologique. Brian disait déjà au xv^e siècle : « Il est notoire que la pensée d'un homme n'est point chose que l'on puisse prouver au tribunal car le Diable lui-même ne connaît point les pensées des hommes » (3) et Lord Macnaghten citant ces paroles en 1901 devant la Chambre des Lords ajoutait : « C'est, je pense, un principe fermement établi en droit anglais que des obligations civiles ne peuvent être créées sur des intentions non révélées (*undisclosed*) ou reposer sur elles » (4). « Le rappel de ces *dicta judicialia* suffit, dit

(1) Shirley, *Leading cases in the common law*, 9^e éd., 1913, p. 231.

(2) *Annales du dr. comm.*, 1921, p. 279 et 1922, p. 41.

(3) *Year Books*, 17^e année du règne d'Édouard IV, 1477.

(4) Keightley, *Maxted and Co v. Durant*, *Law Times*, t. 84, p. 777 ; *Law Journal*, t. 70, p. 662.

M. Lévy-Ullmann, pour faire rentrer dans la discipline de l'interprétation objective ceux qui seraient tentés de s'égarer dans la voie de la recherche des intentions réelles » ; la jurisprudence fait donc machine en arrière ; elle ne recherche plus ce qu'ont réellement prévu les parties, mais ce qu'aurait prévu à leur place cet « homme raisonnable » (*reasonable man*) qu'on retrouve à chaque page du droit anglais des obligations. A son dernier stade, la jurisprudence anglaise qui exige une impossibilité, mais non nécessairement d'ordre physique (1), est moins stricte que la jurisprudence civile française mais plus stricte que la jurisprudence administrative française.

En résumé, si aucune jurisprudence étrangère n'a admis la clause *rebus sic stantibus*, plusieurs d'entre elles ont été sensiblement plus loin que la jurisprudence française dans le sens de la révision des contrats ; mais est-ce là un motif pour faire fléchir la jurisprudence française ?

c) Faut-il donner au juge le pouvoir de réviser les contrats ?

Toute la question est de savoir si, au point de vue social, la révision des contrats est préférable à leur immutabilité.

Or il est certainement dangereux d'autoriser les juges à réviser les contrats dans certaines conditions et l'on risque ainsi d'être entraîné beaucoup trop loin. Le chancelier d'Aguesseau se méfiait déjà de cette équité arbitraire, « dangereux instrument de la puissance du juge, hardie à former tous les jours des règles nouvelles, et qui se fait, s'il est permis de parler ainsi, une balance particulière et un poids propre pour chaque cause » (2). De même, si certains auteurs contemporains demandent une réforme législative qui introduirait dans le droit civil la théorie de l'imprévision (3), ils cherchent généralement à en délimiter strictement les cas d'application ; citons en particulier les études très poussées faites à ce sujet par M. Ripert (4) qui prend bien soin de restreindre à quelques cas soigneu-

(1) Mac Nair, p. 97.

(2) L. 1^{er}, édition de 1759, 9^e mercuriale, p. 127.

(3) J. Barthélemy, R. D. P. 1917, p. 157 ; — Wahl, S. 1916.1.18.

(4) *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 132 à 162 ; — Planiol et Ripert, *Traité de dr. civ.*, t. VI, p. 550 et suiv.

sement déterminés les révisions qu'il estime possibles et recommande à ce sujet une grande prudence.

Nous ne pourrions sans sortir de notre sujet discuter ici la question de savoir s'il serait avantageux d'introduire l'imprévision en droit civil, question qui, d'ailleurs, a fait l'objet de très nombreuses études ; nous nous bornerons à faire les brèves remarques suivantes :

1° Les contrats successifs renferment toujours une forte part d'aléa ; chacune des parties spéculé et doit supporter le risque correspondant.

2° Les prévisions des deux parties ne sont pas concordantes, celles de chacune d'elles sont inconnues « du Diable lui-même » et à fortiori du juge plusieurs années après.

3° Aucun individu ne peut prévoir tout ce qui se passera dans le cours du marché ; ne risque-t-on pas d'être ainsi conduit à réviser tous les contrats, les contrats de travail ou de louage comme les ventes et les marchés de fournitures ?

4° L'équivalence des prestations ne peut pas être évaluée même de façon très relative, car elle fait intervenir des éléments subjectifs comme des éléments objectifs.

5° *L'immutabilité est parfois inique, mais la révision ne l'est pas moins* ; en particulier, elle peut « fournir aux débiteurs de mauvaise foi un moyen de se libérer d'engagements devenus désavantageux » (1).

6° Les partisans de la révision invoquent toujours l'équité ; mais il faut se méfier de « cette équité arbitraire dont la commode flexibilité reçoit aisément toutes les impressions de la volonté du magistrat », équité arbitraire sévèrement condamnée par le président Bouhier et par d'Aguesseau (2).

7° Les contrats sont tellement enchevêtrés que toucher à l'un d'eux risque d'avoir sur les autres des répercussions incalculables.

8° Admettre le principe de la révision, ce serait introduire dans les relations commerciales un état permanent d'incertitude et d'instabilité ; or « à une époque où toute l'activité économique repose sur le crédit, le respect des engagements est la condition première

(1) Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, p. 554.

(2) Lanfranc de Panthou, D. P. 1876.2.36.

du maintien de la confiance » (Rapport du gouverneur de la Banque de France, 1932).

Le respect des contrats s'est considérablement affaibli depuis la guerre ; trop souvent, le signataire d'un traité discute les engagements qu'il vient à peine de prendre ; et, du domaine international, la doctrine du chiffon de papier a fait tache d'huile dans le droit privé ; rompre la parole donnée paraît sans importance ; ce fléchissement des notions traditionnelles, en créant partout la défiance, est devenu une des principales causes de la crise actuelle. Il est grand temps d'arrêter la « faillite de la signature » et de revenir à cette idée romaine fondamentale que les contrats sont sacrés.

Faut-il pour cela négliger le grand principe canoniste de l'équité contractuelle ? Nullement. Tout d'abord, des lois spéciales peuvent régler les iniquités les plus criantes, comme elles se sont efforcé de le faire pendant la guerre et depuis la guerre : des mesures particulières ne présentent pas le même danger qu'un principe général à condition qu'elles restent exceptionnelles et ne résultent pas de ces mouvements de sensiblerie que M. Jèze redoute dans les démocraties (1). Tout au plus pourrait-on introduire dans le Code des dispositions analogues à celles que préconise M. Ripert ou aux articles du Code civil suisse que nous avons cités, mais en en précisant par des chiffres les modalités indiscutables comme c'est le cas pour la lésion et en en délimitant les conditions avec une minutie extrême, afin d'éviter le danger de leur extension. Dès maintenant d'ailleurs, la fixation souveraine des dommages-intérêts par le juge donne en fait aux tribunaux le pouvoir de délier le débiteur quand le créancier demande la résolution.

Remarquons enfin que les cas où le *summum jus* semble particulièrement une *summa injuria* sont ceux où la différence des prestations est amenée par un changement dans la valeur de l'unité monétaire ; or ici encore l'injustice vient d'un manquement à la parole donnée : quels que soient les sophismes généralement répandus à ce sujet, il est certain qu'un État dévaluant sa monnaie fait en réalité une faillite volontaire ; en créant un étalon monétaire, il s'était engagé à le maintenir intact ; s'il en modifie ultérieurement la valeur, il lèse non seulement ses créanciers, mais tous les créanciers

(1) R. D. P. 1932, p. 255.

auxquels des débiteurs feront des paiements réduits en valeur réelle ; il cause ainsi des dommages qu'il devrait réparer (art. 1382 du C. civ.), s'il ne s'appelait pas lion. Le remède aux iniquités que nous venons de citer ne serait pas dans la révision au détriment d'un des contractants, mais dans l'organisation de la responsabilité de l'État qui dévalue volontairement ou laisse tomber sa monnaie. Ici encore, la stricte exécution des contrats s'impose, pour l'État comme pour les particuliers.

Le principe est général ; comme l'indique avec force M. le doyen Allix, « il n'y a pas de morale ailleurs que dans le respect des engagements. Tout ce qui vient entamer cette règle rigoureuse et tutélaire tourne au détriment des sociétés et des individus ».

D'ailleurs, quoi qu'on puisse penser sur ce qui devrait être, ce qui est importe surtout au cas que nous envisageons : or ce qui est ne peut souffrir aucun doute : jamais la jurisprudence civile française n'admet la révision des contrats, quand une loi de circonstances ne l'a pas légitimée pour un cas spécial.

C. — DÉCRETS ET LOIS DE CIRCONSTANCES

Ainsi, en temps ordinaire, le vendeur ne peut espérer obtenir une révision ; mais les mesures exceptionnelles prises pendant la guerre ne lui ont-elles pas apporté à ce sujet quelques possibilités temporaires ?

Nous allons le rechercher en examinant sommairement si le décret de moratoire et la loi Failliot, parfois invoqués à ce point de vue, peuvent conduire à une révision par un moyen indirect, la menace de la résiliation : si, en effet, le fournisseur avait droit à la résiliation, l'Administration serait conduite à lui proposer un supplément de prix pour qu'il n'exige pas la réalisation de ce droit et ne prive pas ainsi l'État d'objets qui lui sont nécessaires à la date fixée.

a) *Le décret de moratoire du 10 août 1914*

L'article 5 de ce décret précise que, jusqu'à la fin des hostilités, « cesseront de produire effet les clauses des contrats qui stipulent une déchéance en cas d'inexécution dans un délai ou à une date

préfixe, à condition que ces contrats aient été conclus avant le 2 août 1914 ».

Plusieurs fournisseurs ont prétendu exciper de cet article pour se dispenser momentanément de remplir leurs obligations, sans rompre cependant leurs marchés.

Le ministre des Finances a répondu à cette prétention par sa lettre du 27 juin 1916 (Dir. générale de la Comptab. publique, n° 1222) :

« Aux termes d'une consultation de la Chancellerie, dit-il, cette disposition réglementaire *ne concerne pas les marchés administratifs*. En effet, l'article 2 de la loi du 5 août 1914 n'a autorisé le Gouvernement qu'à suspendre les effets « des obligations commerciales ou civiles » tandis qu'il prévoit la suspension de « toutes prescriptions ou péremptions et non en matière civile, commerciale ou administrative ». Si le décret du 10 août 1914 emploie le mot « administratif » en matière de prescriptions ou péremptions et non en matière de clauses contractuelles, c'est que la loi susdite ne donnait pas au Gouvernement le droit de suspendre les effets des marchés administratifs.

» Le fournisseur ne saurait d'ailleurs obtenir le bénéfice de l'article 5 du décret du 10 août 1914, en soutenant que la clause de déchéance inscrite dans son marché doit être considérée par rapport à lui comme une obligation civile ou commerciale : cette thèse serait-elle fondée au point de vue juridique que l'Administration aurait encore la faculté de s'adresser au président du tribunal civil pour obtenir la levée de cette suspension, conformément à l'article 3 du décret du 15 décembre 1914 ».

Certains fournisseurs ont contesté la décision du ministre des Finances ; aussi le litige a-t-il été soumis au Conseil d'État qui a intégralement adopté la thèse du ministre (25.11.21, S^e Croix de la Roncière, R., p. 970 ; 8.7.25, Guillet Fenelly, R., p. 661 ; 25.2.28, Soc. des Grands Travaux en Béton armé, R., p. 278).

Le décret du 10 août 1914 ne pouvait donc en aucune façon conduire indirectement à une révision des marchés administratifs.

b) La loi Failliot du 21 janvier 1918

Le deuxième acte temporaire que l'on a parfois invoqué pour faire modifier les contrats est la loi Failliot du 21 janvier 1918.

Parmi les motifs indiqués ci-dessus, les uns étaient inopérants à priori, les autres échouèrent dans les premières années de la guerre devant une jurisprudence bien établie. Or l'application stricte des contrats à livraisons successives, dans une époque de bouleversement économique général et de violente hausse des prix, risquait d'avoir pour les vendeurs des conséquences d'autant plus déplorables que certains d'entre eux, immobilisés dans les tranchées, ne pouvaient lutter contre la ruine menaçante. Des mesures s'imposaient. Réclamées de tous côtés, elles furent discutées pendant trois années et aboutirent à la loi Failliot du 21 janvier 1918 (1).

Celle-ci laisse intacte la conception traditionnelle de la force majeure, à la différence du décret italien du 27 mai 1915, qui l'étendait au cas de « prestation excessivement onéreuse » (2).

Conformément à l'avis du Comité consultatif de législation commerciale du ministère du Commerce, auquel M. le professeur Lyon-Caen prit une part prépondérante, conformément aussi à l'avis du Comité de législation civile au ministère de la Justice mais contrairement à celui de M. le professeur Massigli, elle écarte la révision prévue par les premiers projets de loi et qui parut une atteinte à la force obligatoire des contrats (art. 1134 C. civ.) ; remarquons cependant que plusieurs lois postérieures ont admis la révision de certains contrats (loi du 22.11.18 sur le contrat de travail des mobilisés, toutes les innombrables lois sur les loyers, etc.).

La loi Failliot prévoit seulement la résolution des contrats, avec ou sans dommages-intérêts, ou leur suspension ; mais celles-ci ne peuvent avoir lieu qu'après préliminaire de conciliation devant le président du tribunal ; ainsi ce magistrat peut employer toute son influence à recommander aux parties une révision amiable, dont il lui est loisible d'indiquer les grandes lignes ; la résolution n'est que la menace suspendue sur la tête des contractants, au cas où ils ne parviendraient pas à s'entendre.

En somme, *la loi Failliot n'est pas une loi de révision* comme on l'a parfois indiqué ; elle ne prévoit que la résolution, seule compatible avec les principes de notre droit ; mais, comme celle-ci est peu

(1) Voir Documents Parlementaires ; — Laché, *L'action économique dans la transformation du droit*, Jouve, 1920 ; — Cattand, *La clause rebus sic stantibus*, thèse, Paris, 1929 ; — Note D. P. 1918.4.261 ; — Radouant, *op. cit.*

(2) *Bulletin de législation comparée*, 1918, p. 479.

conforme à l'intérêt général, elle l'évite autant que possible en favorisant la révision amiable.

La solution est élégante, car elle arrive au résultat cherché, avec toute la souplesse voulue et cela en maintenant intacts les principes traditionnels du droit ; la loi Failliot « a eu des effets bienfaisants et permis de régler des situations devenues inextricables » (1).

Mais son application est limitée : dans le temps, elle a été, par la loi du 9 mai 1920, prolongée jusqu'au 31 juillet 1920 et ne s'étend qu'aux marchés dont la passation et l'exécution sont séparées par le 1^{er} août 1914 et qui n'ont pas été complétés par des avenants ; en profondeur, elle exclut les marchés qui n'ont le caractère commercial pour aucune des parties, les opérations effectuées dans les bourses de valeurs, les contrats de louage d'ouvrage, les baux à loyer ou à ferme, les marchés à livraison immédiate, les contrats de droit public (art. 7, alinéa 1^{er}).

Ainsi les titulaires de marchés administratifs ne peuvent en aucune façon invoquer directement la loi Failliot ; ils ne l'ont d'ailleurs invoquée qu'indirectement en se retournant contre l'État, lorsque leurs sous-traitants l'invoquaient vis-à-vis d'eux-mêmes ; mais la révision qu'ils réclamaient alors devait avoir une autre base directe (force majeure, imprévision, etc.).

Bien qu'elle soit inapplicable aux marchés administratifs dont nous nous occupons spécialement, nous avons tenu à dire quelques mots de la seule loi qui favorise une révision des contrats à livraisons successives ; mais nous insistons sur le fait que, comme le moratoire, elle reste une loi de circonstance, qui n'a plus aucune application.

La même question s'est d'ailleurs posée pendant la guerre pour plusieurs belligérants ; nous avons vu que l'Italie l'avait résolue en étendant le domaine de la force majeure ; elle a également organisé la révision définitive des contrats par des commissions souveraines (décret-loi royal du 25.1.20, publié à la *Gazette officielle* du 31.1.20) ; la Belgique n'a prescrit qu'une révision temporaire (loi du 11.10.19, en particulier art. 7) ; l'Angleterre a été plus loin que la France puisque la loi du 10 juillet 1917 a donné aux Cours de justice le droit, non seulement d'annuler, mais même de « modérer » certaines obliga-

(1) Planiol et Ripert, *Traité élém.*, t. II, § 1168 *ter*.

tions (1) ; seul, le recueil officiel de l'Empire allemand pendant les années de guerre ne contient aucune disposition relative à la force majeure ; aucune mesure générale n'était d'ailleurs utile car, depuis plusieurs années (2), les Allemands ne passaient aucun marché important sans réserver par une clause spéciale le cas de mobilisation, guerre ou blocus ; soulignons ce fait que les Allemands étaient seuls à prévoir normalement la guerre dans les contrats publics ou privés ; auraient-ils donc eu pour ce faire des raisons spéciales ?

En France, les seules mesures de guerre qui aient modifié les contrats de vente sont :

le moratoire qui en a suspendu certaines clauses,

la loi Failliot qui en a prévu la résiliation dans des cas très limités.

Mais aucune mesure n'en a prévu la révision ; de plus, les deux précédentes sont inapplicables aux marchés administratifs.

En résumé, le vendeur a pu dans des circonstances exceptionnelles obtenir la suspension ou la résiliation de son contrat ; mais il ne peut baser une demande de révision, ni sur les principes généraux du droit privé, ni sur la jurisprudence civile, ni sur aucune mesure de circonstance.

En droit civil français, le vendeur n'a jamais pu et ne peut dans aucun cas obtenir une révision : il ne peut espérer aucune exception à une règle absolue.

SECTION II

Les fondements spéciaux au Droit administratif

Le fournisseur de l'Administration, lui, n'a même pu obtenir la suspension ou la résiliation ; mais tout espoir n'est pas perdu en ce qui le concerne. S'il doit, lui aussi, renoncer à invoquer le droit civil, peut-être sera-t-il plus heureux en se cantonnant dans le droit

(1) *Bulletin de législation comparée*, 1918, p. 479.

(2) Brunet, thèse, *La guerre et les contrats* ; — Radouant, *op. cit.*, p. 127.

administratif, en s'appuyant sur les règles spéciales aux contrats administratifs.

De fait, si, dans le cas général, le vendeur a dû rapidement abandonner tout espoir et se résigner à son triste sort, le fournisseur a pu prolonger la discussion pendant beaucoup plus longtemps et, parfois, il a semblé arriver à ses fins.

Stimulé par les résultats qu'obtenaient ses collègues l'entrepreneur et le concessionnaire, bénéficiant, sous certaines conditions, des décrets Millerand, il paraissait pouvoir obtenir une révision de son marché en l'absence de toute clause et malgré le silence gardé à ce sujet par le décret du 18 novembre 1882 sur les marchés administratifs.

Nous allons successivement dire quelques mots des bases de révision spéciales aux marchés de travaux publics et des décrets du 10 août 1899 ; puis nous étudierons plus longuement la théorie de l'imprévision, espoir suprême et suprême pensée des révisionnistes.

A. — LES BASES SPÉCIALES AUX MARCHÉS DE TRAVAUX PUBLICS

Six articles du « cahier des clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs des travaux des Ponts et Chaussées » (Circ. min. du 29.12.10) ont trait aux changements des prix prévus au marché ; quatre d'entre eux (art. 29 à 32) concernent des changements dans l'importance ou la répartition des travaux prévus ; ils ne rentrent donc pas dans le sujet de notre étude ; deux autres (art. 28 et 33) concernent au contraire la révision de prix pour une fourniture dont l'importance est nettement déterminée.

Bien que notre étude soit spécialement consacrée aux marchés de fournitures, nous examinerons brièvement de quelle façon ces articles 28 et 33, ou tous articles analogues, peuvent servir de base à des demandes de révision.

Il est bien entendu qu'ils s'appliquent uniquement aux travaux publics, quels qu'ils soient, se retrouvent, avec des variations insignifiantes, dans les conditions générales du Génie, des Ponts et Chaussées, des Travaux maritimes, etc., et sont très souvent reproduits par les marchés des départements, des communes et des établissements publics.

Mais leur importance est trop grande pour qu'une étude des clauses de révision puisse les passer sous silence.

a) *L'article 28*

L'article 28 des Ponts et Chaussées est ainsi conçu : « Il n'est alloué à l'entrepreneur aucune indemnité à raison des pertes, avaries ou dommages occasionnés par négligence, imprévoyance, défaut de moyens ou fausses manœuvres. Ne sont pas compris toutefois dans la disposition précédente les cas de force majeure qui, dans le délai de 10 jours au plus après l'événement, ont été signalés par l'entrepreneur ; dans ce cas, néanmoins, il ne peut rien être alloué qu'avec l'approbation de l'Administration. Passé le délai de 10 jours, l'entrepreneur n'est plus admis à réclamer ».

De cet article résulte *a contrario* que les cas de force majeure donnent, ou peuvent donner lieu à indemnité.

Une très forte hausse des prix, une augmentation considérable des salaires ne sont pas des cas de force majeure, nous l'avons expliqué plus haut. Ils ne peuvent donc servir de base directe à une demande de révision. Mais l'article 28 peut en faire une base indirecte : si, en effet, la hausse est causée par un cas de force majeure, l'entrepreneur peut réclamer une indemnité.

Certains cas sont indiscutables : les dégâts matériels causés par un tremblement de terre, par une inondation d'importance exceptionnelle, peuvent être indemnisés. Il en est de même pour les dégâts matériels causés par des faits de guerre (par exemple la destruction d'un ouvrage par le feu de l'artillerie).

Quelques cas litigieux ont donné lieu à une évolution de la jurisprudence : par exemple, le Conseil d'État a admis, à partir de 1905, que les dégâts causés par les grévistes étaient couverts par l'article 28 (24.11.05, Lazies) ; il en est de même à partir de 1895 pour les dommages causés par la désorganisation des chantiers, le chômage (15.2.95, Delage et Genet).

Mais la question qui nous intéresse particulièrement dans l'étude de la révision est la suivante : l'état de guerre constitue-t-il un cas de force majeure donnant droit à l'application de l'article 28 ?

C'était, en 1914, la conviction générale des entrepreneurs ; ils considéraient que, la déclaration de guerre étant un cas de force

majeure, l'article 28 jouait automatiquement et que, par conséquent, ils étaient assurés d'être indemnisés de toutes leurs pertes. Certaines grandes sociétés réclamèrent même des indemnités parce que quelques matériaux, en proportion infime par rapport à l'ensemble, coûtaient légèrement plus cher après la mobilisation ; cet état d'esprit régnait dans les maisons les plus sérieuses (1).

« L'article 28, disait-on, constitue pour les entrepreneurs de travaux publics une assurance qui les couvre contre les conséquences des cas de force majeure, ce que ne fait pas l'article 1148 du Code civil qui libère seulement les débiteurs de leurs obligations ; la prime de cette assurance est payée par les entrepreneurs sous la forme d'une augmentation de leur rabais ; l'État profite de cette augmentation et se dédommage ainsi des charges supplémentaires qu'il s'impose par le jeu de l'article 28 ; le dit article constitue donc un véritable contrat bilatéral et nullement un privilège en faveur des entrepreneurs. »

C'est incontestable et personne ne nie ces affirmations ; mais la question qui se pose est de savoir si l'article 28 joue et par conséquent si l'état de guerre constitue à lui seul un cas de force majeure.

Or la doctrine et la jurisprudence sont unanimes pour répondre non ; *l'état de guerre peut être générateur d'événements de force majeure, mais il n'est pas par lui-même un cas de force majeure*. « La guerre a, surtout de nos jours, des répercussions si étendues sur les affaires et les conditions d'existence de tous les citoyens, qu'il n'est personne qui n'en soit affecté de près ou de loin, et qui n'ait à en souffrir dans ses intérêts pour l'ensemble des maux et des impédiments qu'elle apporte en permanence dans le fonctionnement de la vie civile. Pour échapper à ces effets, les entrepreneurs n'ont pas le droit d'invoquer l'article 28 ; la guerre peut créer des cas de force majeure justiciables de cet article ; elle n'en est pas un en tant que calamité publique » (2).

Un état n'est pas un cas.

Pour que l'article 28 joue, il faut que la guerre ait causé un événement présentant pour l'entrepreneur tous les caractères de force majeure, caractères dont la preuve lui incombe.

(1) *Mémoire du min. de la Mar. au C. E.*, 24 août 1921, pourvoi 67.465.

(2) *Mémoire du min. de la Mar. au C. E.*, pourvoi 67.465.

Supposons donc que les parties soient d'accord pour reconnaître à un événement causé par la guerre toutes les caractéristiques de la force majeure : l'article 28 joue-t-il automatiquement ? En aucune façon.

La question s'est posée à propos de la construction des grands bassins de radoub de Toulon qui, commencée à la fin de 1911 par un consortium de grandes entreprises, fut interrompue brusquement à la mobilisation ; l'État ne contesta que subsidiairement les caractères de la force majeure aux causes d'interruption ; il soutint surtout que la force majeure, fut-elle reconnue, pouvait conduire à une exonération de pénalités ou à des indemnités en vertu de l'article 33, mais non à un dédommagement prévu par l'article 28.

Selon le Consortium, l'article 28 s'appliquait à tous les cas de force majeure et rien n'autorisait à en excepter ceux qui sont dus à la guerre ou à la mobilisation générale ; tous les frais de gardiennage, d'administration, d'entretien, tous les intérêts payés sur découverts devaient leur être remboursés pour la période comprise entre l'interruption et la reprise des travaux ; ils constituaient en effet, non pas des manques à gagner, mais des dépenses réellement effectuées et par conséquent des préjudices directs et matériels, couverts par l'article 28. Le Consortium se disait d'accord à ce sujet avec l'unanimité des auteurs (1) ; il contestait la jurisprudence contraire du Conseil d'État.

Selon la Marine, la force majeure exonérait aussi bien l'État que l'entrepreneur de leurs obligations mutuelles ; l'arrêt des chantiers n'avait nullement été causé par une décision du maître de l'ouvrage mais par la mobilisation générale, risque supporté par tous les Français et dont l'article 28 n'avait jamais entendu exonérer les seuls entrepreneurs de travaux publics ; si même la mobilisation générale était considérée comme un cas formel de force majeure, il faudrait encore démontrer qu'elle a rendu impossible la reprise

(1) Aucoc, *Conférences*, 3^e éd., t. II, n^o 655 ; — Perriquet, *Traité théorique et pratique de travaux publics*, t. I, n^o 270 ; — Cotelle, *Cours d'adm.*, 3^e éd., t. III, n^o 171 ; — Tisserand, *Répert. adm. de Béquet Laferrière*, V^o Trav. publ., n^o 1153 ; — Geogin, *Les entreprises de trav. publ. et la guerre d'après la jurispr. du C. E.*, p. 39 à 55 ; — Pandectes françaises, v^o Trav. publ., n^o 1652 ; — Léchalas, *Manuel de Dr. adm.*, t. I, 1^{re} partie, p. 179 ; — Christophle, *Traité des Trav. publ.*, t. II, n^o 861 ; — Porée et Cuenot, *Des entreprises de trav. publ.*, p. 460.

du marché pendant toute la durée de la guerre, ce qui n'est pas puisque de nombreuses industries nouvelles se sont créées pendant cette époque ; elle invoquait la jurisprudence constante du Conseil d'État et en particulier les arrêts Lobereau (27.12.78), Assistance publique contre Dallemagne (19.1.83) et contre Clairin (même date), Vernand (11.5.83), Assistance publique contre Durenne (9.12.87), Delpeuch (29.6.88).

Tous ces arrêts, très nets, étaient déclarés trop anciens par le Consortium, et dépassés par les circonstances imprévues de la guerre de 1914-1918.

Un arrêté du Conseil de préfecture du Var en date du 30 octobre 1918 donna raison au Consortium.

Mais le Conseil d'État annula cet arrêté par décision du 5 mai 1926 (R., p. 455) et donna entièrement raison à la Marine. « Considérant, dit-il, que *l'article 28, en mettant à la charge de l'Etat les pertes, avaries ou dommages en cas de force majeure, n'a pas entendu y comprendre les risques pouvant provenir d'une guerre* ; que dès lors, si la circonstance que les travaux de l'entreprise ont été interrompus en 1914 par la guerre, qui a mis l'Administration et les entrepreneurs dans l'impossibilité de remplir leurs engagements respectifs, a revêtu, pour l'entreprise, le caractère d'une circonstance de force majeure, elle n'a pu cependant avoir pour effet d'ouvrir au profit de celle-ci un droit à indemnité par application de l'article 28 précité ; qu'ainsi c'est à tort que le Conseil de préfecture a décidé que (les entrepreneurs) étaient fondés à réclamer contre l'État la réparation des dommages qu'ils ont pu éprouver par l'effet de la suspension des travaux ».

L'arrêt Perchot du 8 février 1928 (R., p. 108) est non moins net ; il comporte les mêmes considérants que le précédent et décide que « le requérant ne saurait se prévaloir de la situation économique née de la guerre pour prétendre qu'il avait droit à une indemnité par application de l'article 28 ».

Enfin deux autres arrêts concernant encore l'affaire des grands bassins de radoub de Toulon (5 mai 1926, R., p. 454 et 9 janvier 1930, R., p. 23) répètent les mêmes arguments.

La solution adoptée par ces divers arrêts est peut-être encore discutable au point de vue doctrinal ; mais, en pratique, la question est jugée : l'Administration et la jurisprudence sont d'accord pour

refuser l'application de l'article 28 aux risques provenant de la guerre.

Ainsi donc, ni directement ni indirectement, une très forte hausse des prix ne peut donner lieu à une révision basée sur l'article 28, malgré la situation privilégiée que l'entrepreneur se croyait acquise.

b) L'article 33

La position de cet entrepreneur est beaucoup plus sûre en ce qui concerne l'article 33, applicable à tous les marchés de travaux publics et qui prévoit une révision des prix pour hausse supérieure à 1/10^e.

Cet article est assez récent : l'article 39 du cahier des clauses et conditions générales du 25 août 1833 prévoyait seulement la possibilité d'une résiliation demandée soit par l'entrepreneur en cas d'« augmentation notable des prix » soit par l'Administration en cas « de diminution notable » ; le terme « notable » n'était pas précisé, ce qui devait conduire à des litiges fréquents. Aussi un article 33 fut-il introduit dans le cahier des charges du 16 novembre 1866, pour indiquer une limite précise, à savoir 1/6^e des estimations du projet, à partir de laquelle l'augmentation pourrait entraîner résiliation ; la clause devenait unilatérale, l'Administration perdait son droit à résiliation en cas de baisse des prix, droit dont l'application, d'ailleurs assez rare, avait donné lieu à des difficultés. Le cahier des charges du 16 février 1892 transformait la possibilité de résilier en un droit pour l'entrepreneur. Mais la résiliation n'est avantageuse pour aucune des parties en présence : l'arrêté du 29 décembre 1910 apporta donc aux errements antérieurs des modifications importantes : si l'augmentation des prix est comprise entre 1/6^e et 1/10^e, elle est supportée pour moitié par l'Administration ; si elle dépasse 1/6^e, le droit à résiliation subsiste, mais l'entrepreneur reçoit maintenant une indemnité, en compensation de ses dépenses non amorties.

Rappelons succinctement les modalités d'application de l'article 33, tel qu'il est en vigueur depuis 1911.

Une requête précise de l'entrepreneur est nécessaire (C. E., 29.2.16, Bové, R., p. 568 ; 6.2.25, Gouv. gén. Algérie, R., p. 121) ; elle n'est

valable que pour l'avenir ; donc aucune indemnité ne peut être accordée pour les travaux antérieurs (C. E., 17.1.17, Coste frères, R., p. 52), même si ceux-ci dépassent le pourcentage fixé ; comme corollaire, la requête faite après la fin de l'entreprise est irrecevable (C. E., 4.3.27, veuve Mercier, R., p. 292).

L'entrepreneur qui a demandé l'application de l'article 33 n'a pas le droit de suspendre les travaux en attendant la suite donnée à sa requête, sans quoi il tomberait sous le coup des sanctions édictées par l'article 35 (C. E., 17.2.88, Fille, D. P. 89.5.478 ; 27.2.25, Dolfini, R., p. 219).

L'augmentation à considérer doit s'être produite au cours de l'entreprise, et non dès le début de celle-ci.

S'il y a hésitation possible sur les valeurs de base à adopter, le Conseil d'État choisit toujours celle qui est la plus forte ; autrement dit, son interprétation est dans tous les cas défavorable à l'entrepreneur : par exemple, en ce qui concerne la main-d'œuvre, les salaires portés au bordereau joint au marché sont considérés comme des minima que l'entrepreneur peut dépasser mais qu'il doit au moins atteindre ; si donc les salaires versés par lui sont supérieurs à ceux du bordereau, ce sont les salaires réellement payés qui doivent être adoptés comme base (C. E., 30.11.21, Goiffon et Jorre, R., p. 987 ; 27.2.25, Dolfini, R., p. 219) ; ce sont les salaires du bordereau dans le cas contraire, car l'entrepreneur ne peut retirer un profit du fait qu'il a méconnu ses obligations (C. E., 14.12.17, Dedeyn, R., p. 825 ; 3.5.22, Lesueur, R., p. 381 ; 9.1.30, Grands Travaux de Marseille, R., p. 23) ; de même, en ce qui concerne les matériaux, les prix de base sont ceux du bordereau de prix s'ils sont supérieurs aux prix réels (C. E., 3.5.22, Dép. de Seine-et-Oise, R., p. 380) ; et, lorsque le marché indique des prix globaux sans distinguer entre la main-d'œuvre et les matières, ce sont ces prix qui servent de base, et non les prix effectivement payés (C. E., 10.6.25, Industrielle Foncière, R., p. 549).

Quant aux prix de comparaison, ce sont les prix réellement payés (C. E., 19.2.19, Ministre de la Guerre, R., p. 163).

Le 1/6^e (ou éventuellement le 1/5^e) de la dépense doit être dépassé non sur la main-d'œuvre ou les matières, prises séparément, mais sur le prix global du travail restant à faire (C. E., 14.12.17, Dedeyn, R., p. 825 ; 29.1.19, Fargeaudon, R., p. 96) ; aucun élément de béné-

fice ne doit entrer en ligne de compte (C. E., 6.8.26, Varney, R., p. 878).

L'article 33 constitue une disposition dans l'intérêt exclusif de l'entrepreneur ; donc l'Administration ne peut refuser d'accueillir une demande si elle est justifiée ; et, d'autre part, elle ne peut invoquer l'article 33 pour imposer la résiliation à l'entrepreneur (D. P. 1926.3.2).

La résiliation a lieu sans autre indemnité que celle correspondant aux dépenses non entièrement amorties ; mais, si elle a été refusée par le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur, obligé de terminer le travail dans des conditions onéreuses, a droit à une indemnité (C. E., 17.1.17, Coste frères, R., p. 52).

Le silence de l'Administration ne fait pas obstacle à ce que l'entrepreneur fasse valoir ses droits (C. E., 26.12.17, Léonard, R., p. 849).

Si la hausse reste comprise entre 0 et 1/10^e, l'entrepreneur n'a droit à aucune révision du bordereau (C. E., 14.3.23, Hospices civils de Toulouse, R., p. 249) ; si elle est comprise entre 1/10^e et 1/6^e, la moitié de l'exécant au-dessus de 1/10^e est prise en charge par l'Administration ; au-dessus de 1/6^e, la résiliation est un droit pour l'entrepreneur, mais les deux parties l'évitent autant que possible ; elles sont conduites à une transaction qui consiste généralement en la prise en charge par l'Administration d'une très grande partie, sinon de la totalité, des dépenses supplémentaires. Certains cahiers des charges dérivés de celui des Ponts et Chaussées (en particulier cahier des charges des travaux d'architecture de la Ville de Paris, éd. 1921, art. 72) prévoient même explicitement qu'à partir d'un certain pourcentage, la totalité des charges supplémentaires incombe à l'Administration (C. E., 20.3.29, V. Paris / sieur Ducros, R., p. 353).

Toutes les charges fiscales et sociales, les majorations de tarif de transport, etc. sont traitées comme les autres causes de hausse ; si donc elles augmentent le niveau général des prix de façon à faire jouer l'article 33, il y a révision dans les conditions de cet article ; dans tous les autres cas, l'article 42 s'applique : « L'entrepreneur ne peut, sous aucun prétexte, revenir sur les prix du marché qui ont été consentis par lui ».

La circulaire du 17 octobre 1900 (Recueil des Lois, 2^e série, t. XI, p. 238) avait prévu que les marchés de travaux publics seraient

révisables dans les conditions fixées par les décrets Millerand du 10 août 1899 ; mais la nouvelle rédaction de l'article 33 assimile purement et simplement la révision des prix du bordereau de salaires, prévue par ledit décret, à toutes les autres causes de hausse ; aussi la révision des prix du marché, prévue par l'article 3 des décrets, disparaît-elle, en ce qui concerne les marchés de travaux publics, pour se fondre dans le cas général de la révision prévue par l'article 33.

Cet article 33 peut apparaître comme un précurseur des clauses de révision que nous rencontrerons dans les marchés de fournitures passés après la guerre : en réalité, il en diffère profondément par bien des côtés : *la révision qu'il prévoit est maintenue dans des limites très étroites* ($\frac{1}{6} - \frac{1}{10} = \frac{1}{15}$ du prix du marché) ; *elle ne s'applique qu'à partir de la demande faite par l'entrepreneur ; elle laisse à la charge de ce dernier la majeure partie du supplément de prix*. Son analogie avec les clauses que nous étudierons n'est donc que superficielle.

Enfin, nous devons insister sur ce que l'article 33 n'est applicable ni aux concessions (C. E., 27.6.19, Ville de Nice, R., p. 571 et concl. de M. Riboulet, D. P. 1919.3.27) ni aux marchés de fournitures ; c'est là une différence essentielle avec les décrets Millerand, dont nous allons maintenant dire quelques mots.

B. — LES DÉCRETS MILLERAND

Si les marchés de travaux publics sont seuls intéressés par les articles 28 et 33, par contre les marchés de fournitures peuvent eux aussi, dans certains cas, comporter application, totale ou partielle, des décrets Millerand : en nous plaçant au point de vue des services de l'État, les prescriptions des décrets *doivent* être appliquées si les ouvriers sont réunis en « chantiers ou ateliers organisés ou fonctionnant en vue de l'exécution du marché » et la circulaire du ministre du Commerce du 14 novembre 1899 précise ce qu'il faut entendre par là ; dans les mêmes conditions, les fournisseurs sont tenus de se soumettre aux décrets si les services l'exigent ; mais, pour cela, une clause expresse du marché est indispensable :

le fournisseur n'est donc lié que si les prescriptions du décret sont citées par le marché, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un cahier des charges.

Ainsi, lorsque ni le marché ni les conditions générales ne portent référence aux décrets, ceux-ci ne s'appliquent pas, même si la nature de la fourniture rendait obligatoire cette référence : le service qui a passé le marché est en faute, mais il est trop tard pour que l'Administration ou le fournisseur puisse réclamer le bénéfice du décret correspondant.

Les décrets forment un tout : le maître de l'ouvrage ne peut en imposer une partie et en repousser une autre (Concl. du com. du gouv. Corneille ss C. E., 3.11.16, Poivrel, R., p. 425).

Supposons donc que le marché ou le cahier des charges se réfèrent explicitement à un des trois décrets Millerand, relatifs respectivement aux travaux de l'État, des départements et des communes : le décret s'applique. Qu'en résulte-t-il au point de vue qui nous occupe ?

L'Administration impose à l'entrepreneur un salaire normal qui est fixé par un bordereau annexé au marché ; elle peut réviser ce salaire en cours d'exécution ; mais, en compensation, le fournisseur peut alors demander une révision correspondante des prix du marché.

Nous allons successivement détailler ces trois points, en nous plaçant au seul point de vue de la révision.

1° *Fixation du salaire normal.* — L'Administration qui l'effectue doit formellement éviter toute tarification et se contenter d'une simple constatation ; pour cela, elle se réfère aux contrats collectifs existant entre les syndicats patronaux et ouvriers de la localité ou de la région ; à défaut, elle provoque l'avis de commissions mixtes départementales dont la composition, le fonctionnement et les attributions sont précisés en détail par divers documents ministériels, en particulier les circulaires du 14 novembre 1899 du ministre du Commerce et du 14 mai 1910 du ministre du Travail : les salaires constatés sont indiqués par un bordereau joint au marché et qui en constitue la pièce capitale au point de vue qui nous occupe.

S'il n'y a pas de bordereau, les décrets ne s'appliquent pas en ce qui concerne la fixation du salaire normal ; s'il y a un bordereau, le fournisseur l'accepte par le fait même de sa soumission ; il ne

peut donc plus invoquer ultérieurement les irrégularités qui auraient été commises dans sa préparation ou l'insuffisance des prix qui y sont portés (C. E., 8.4.22, Chevalier et Allier, R., p. 367).

2^o *Révision du bordereau*. — Elle peut être demandée soit par le patron soit par les ouvriers, lorsque le taux des salaires aura varié dans l'industrie en cause.

Mais il n'est pas possible d'admettre que les bordereaux puissent être remis en question et révisés sans cesse (Instr. du 27.11.99 du min. de la Marine); l'Administration n'est donc nullement tenue d'effectuer la révision, c'est là pour elle une simple possibilité dont elle reste seule juge, sans que le fournisseur puisse avoir contre elle aucun recours contentieux en cas de refus (C. E., 3.11.16, Poivrel, R., p. 425; 26.12.17, Léonard, R., p. 849; 19.5.20, Min. Agric., R., p. 508; 31.5.22, dame Mouchette, R., p. 487; 27.12.22, sieur Jardin, R., p. 995; 6.12.29, veuve Desmares, D. H. 1930, p. 56).

Elle doit être effectuée dans les mêmes conditions que la rédaction du bordereau elle-même, avec les mêmes formalités et suivant la même procédure (C. E., 28.12.21, Chollet, R., p. 1110; 20.2.24, Fabre, R., p. 195); toutefois le fournisseur ne peut la discuter sous prétexte que la commission mixte n'a été réunie qu'après la rédaction du bordereau, s'il résulte de l'enquête effectuée que les nouveaux prix correspondent effectivement au taux normal et courant des salaires (C. E., 12.1.21, Thomas, R., p. 28).

« L'approbation préfectorale donnée à un nouveau bordereau général n'a pas pour effet de rendre les nouveaux salaires applicables de plein droit dans les rapports entre patrons et ouvriers, en dehors de l'annexion au marché ou au cahier des charges d'un nouveau bordereau de salaires, d'une mise en demeure adressée par l'administration contractante à l'entrepreneur ou de toute autre circonstance impliquant la volonté de cette administration d'exiger de celui-ci le paiement des dits salaires » (C. E., 27.3.20, consorts Féron, R., p. 375; 31.5.22, Mouchette, R., p. 487; 26.7.22, Féron, R., p. 658; 20.2.24, Fabre, R. p. 195).

Cependant, la révision est considérée comme donnée dans les formes requises si le maître de l'ouvrage a participé, ne fut-ce que d'une façon indirecte, à une révision du bordereau, par exemple en prenant part, sans faire aucune réserve, à une réunion au cours de

laquelle la révision des salaires du bordereau a été décidée (C. E., 3.11.16, Poivrel, R., p. 425) ; toutefois les travaux d'une commission, même présidée par le préfet et comprenant un fonctionnaire des Ponts et Chaussées, mais aucun représentant qualifié du maître de l'ouvrage, ne sont pas considérés comme engageant l'administration intéressée, qui seule a le pouvoir de réviser les bordereaux (C. E., 12.12.19, Goiffon et Jorre, R., p. 915 et conclusions du comm. du Gouvernement Corneille, Rev. Dr. publ., 1921, p. 63).

La révision des prix du marché suppose essentiellement celle du bordereau : elle ne peut donc être demandée si l'augmentation des salaires a été bénévolement accordée par le fournisseur, sans révision du bordereau au sens de l'article 3 du décret (C. E., 19.5.20, Min. Agric., R., p. 508 ; 31.5.22, Mouchette, R., p. 487 ; 25.4.23, Vernisse, R., p. 358 ; 25.4.23, Lachaume, R., p. 359 ; 30.4.24, Phillion, R., p. 423 ; 18.3.25, veuve Huguet, R., p. 283 ; 6.12.29, veuve Desmares, D. H. 1930, p. 56).

Enfin, par application d'une règle générale que nous rencontrons souvent, la révision du bordereau effectuée postérieurement à l'expiration des délais contractuels ne saurait entraîner une révision des prix (C.E., 20.3.18, dame Villar, R., p. 267).

3^e *Révision des prix.* — Supposons donc réunies les diverses conditions que nous venons d'énumérer en ce qui concerne la fixation et la révision des salaires ; en résultera-t-il automatiquement une révision des prix ? Nullement : quoi que puisse suggérer l'équité, les textes sont là, et ils sont formels.

Tout d'abord, il est nécessaire que le marché ou le cahier des charges fixe les limites à partir desquelles les révisions de salaires pourront entraîner révision de prix ; ainsi cette limite est de 1/6^e dans l'article 33 qui reste applicable aux marchés de travaux publics, de 33 % dans l'article 41 des conditions de la Guerre, etc., mais, si aucune limite n'est fixée, la révision est censée avoir été écartée par les contractants ; le cas s'est posé pour les marchés de la Marine : leur très grande majorité ne comporte aucun bordereau adjoint et par conséquent les décrets leur sont applicables ; mais certains d'entre eux, en particulier ceux émanant de l'Intendance, comportent un article par lequel le fournisseur s'engage « à se conformer aux prescriptions du décret du 10 août 1899 et à payer ses

ouvriers selon le bordereau des salaires de la région, dont il déclare avoir pleine et entière connaissance », sans indiquer aucune limite de variation ; par exemple, des fournisseurs de brodequins, qui étaient dans ce cas, demandèrent en 1926 une révision de leurs prix ; après discussion (1), il fut constaté que l'absence de limites ne résultait ni d'une omission ni d'une imprécision, mais impliquait de la part de la Marine l'intention nette de traiter à prix strictement forfaitaire, sans révision possible ; toutefois, « la réserve, dans la fixation des salaires, d'une proportion constante au bénéfice de l'entrepreneur de 1/10^e pour faux frais, implique le droit pour le fournisseur de demander la révision de son marché » (C. E., 3.11.26, Poivrel, R., p. 425).

Mais qu'importe le droit de demander puisque l'Administration a celui de refuser ? Le décret emploie dans les deux cas le même verbe *pouvoir*, semblant ainsi consacrer une faculté pour l'Administration ; c'est peut-être là une erreur de terminologie ; cependant le terme est assez net pour que l'Administration puisse revendiquer, comme le droit de ne pas réviser le bordereau de salaires, celui de ne pas réviser les prix après avoir révisé le bordereau ; toutes ces mesures ne dépendent que de son bon plaisir.

Remarquons enfin qu'une très forte hausse des salaires est nécessaire pour que la révision soit possible (C. E., 29.1.19, Fargeaudon, R., p. 96) : ainsi, lorsque joue l'article 33, il faut pour cela que le prix total du travail restant à exécuter soit augmenté de 1/6^e ou 16,7 % ; si donc α % représente le pourcentage moyen du prix de main-d'œuvre, frais généraux compris, par rapport au prix total, il faudra que le prix moyen de la main-d'œuvre se soit accru dans le rapport $\left(1 + \frac{16,7}{\alpha}\right)$ pour ouvrir le droit à postuler une révision des prix ; par exemple, si $\alpha = 50$, le salaire moyen doit avoir augmenté de 33 % ; cette augmentation minimum est de 66 % pour $\alpha = 25$ et tend vers l'infini quand α tend vers 0.

Ainsi donc, pour que la révision soit possible, *les décrets Millerand impliquent de très strictes conditions de forme* ; ils exigent de fortes

(1) Notes C.C.M.C. 354 du 27.8.26 et 400 du 7.10.26, D.M. 222 Int. 3 du 8.9.26 et 405 Int. 3 du 25.9.26.

variations de salaires qui ne sont jamais atteintes en temps habituel, mais seulement en période d'effondrement des changes ; enfin et surtout, *ils laissent l'Administration seule juge de la conduite qu'elle tiendra* ; ils l'autorisent à réviser dans certaines conditions, mais ne l'y obligent pas ; elle pourrait donc, en appliquant la lettre des textes, exiger la révision en cas de baisse et la refuser en cas de hausse.

Les décrets Millerand, dans les très rares cas où ils s'appliquent à un marché de fournitures, permettent au vendeur, quand toutes les conditions requises sont remplies, d'espérer en la bienveillance possible de l'Administration ; ils ne sont nullement une base lui permettant de compter sur une révision.

Mais cette base n'existe-t-elle pas depuis que le Conseil d'État applique sa fameuse théorie de l'imprévision ?

C. — L'IMPRÉVISION EN DROIT ADMINISTRATIF

Cette théorie est maintenant le seul espoir, l'ultime ressource du fournisseur : nous sommes ainsi conduits à en parler brièvement.

Nous le ferons aussi sommairement que possible ; tout a été dit depuis 16 ans sur cette importante question ; les ouvrages et les notes de doctrine, les périodiques, de très nombreuses thèses, l'ont étudiée sous toutes ses faces ; nous nous garderons bien de vouloir entreprendre une nouvelle dissertation générale sur un sujet épuisé.

Il nous est toutefois impossible de le passer sous silence ; nous voulons montrer comment les titulaires des marchés de fournitures ont été logiquement conduits à réclamer des clauses de révision ; pour cela, nous avons recherché sur quoi, en l'absence de clauses, ils peuvent baser leur demande de révision ; tous les motifs invoqués ont successivement été reconnus inopérants ; il reste aux fournisseurs une dernière et très vive espérance : la théorie de l'imprévision en droit administratif. Est-ce une base solide ? Peut-elle garantir à coup sûr le fournisseur contre les conséquences d'une hausse très forte ? Joue-t-elle aussi souvent qu'on l'a prétendu ? Et jouera-t-elle toujours ? Telles sont les questions que nous devons naturellement nous poser. Car, si l'imprévision était une base sûre, les clauses de révision seraient inutiles.

Nous nous bornerons à examiner les points ci-dessus, en suppo-

sant connus l'historique de l'imprévision et ses principales caractéristiques.

Nous nous demanderons d'abord à quelle époque elle a pris naissance.

a) Les précédents

La plupart des auteurs considèrent l'imprévision comme une théorie générale du contentieux administratif, qui aurait pris naissance bien avant la grande guerre et dont la jurisprudence du Conseil d'État offrirait de nombreux exemples; ils étudient souvent très en détail (v. en particulier les thèses de MM. Saint-Marc, Paris, 1918; Louveau, Rennes, 1920; Gros, Lyon, 1922; Desjonquères, Paris, 1926) les précédents qu'ils attribuent à cette théorie; selon eux, au lieu de refuser, comme le fait la Cour de Cassation, toute aide au contractant malheureux dont l'obligation est devenue très onéreuse à remplir, la haute juridiction administrative s'est montrée plus humaine en appliquant pendant tout le cours du XIX^e siècle, disent certains (1) — dans certaines périodes, prétendent d'autres (2) — la théorie de l'imprévision; elle n'aurait pas innové en 1916, mais appliqué et précisé. M. Chardenet, commissaire du gouvernement, dans ses fameuses conclusions sur l'affaire du gaz de Bordeaux (D. P. 1916.3.26), demande lui-même au Conseil d'État non une innovation mais la consécration d'un vieux principe.

M. Jacquemard a très nettement réfuté ces affirmations (3); il examine tous les prétendus précédents et montre qu'ils ne réunissent ni les conditions ni les éléments du système élaboré en 1916 par le Conseil d'État; M. Jèze apporte à cette opinion l'appui de son autorité (4).

Et, en effet, il convient d'écarter d'abord tous les arrêts dans lesquels l'aggravation des charges résulte, directement ou indirectement, d'un fait de l'Administration, entraînant sa responsabilité contractuelle; tel est le cas des affaires relatives au *privilege des gaziers* (C. E., 26.12.91, gaz de Saint-Étienne et de Montluçon; 22.6.00, Maromme, R., p. 415; 10.1.02, Deville-les-Rouen, R., p.

(1) Lapeyre, Imp., 1923, p. 15.

(2) Desjonquères, *op. cit.*, p. 26 à 54.

(3) Thèse, Alger, 1928, p. 141 à 171.

(4) R. D. P., 1932, p. 283 à 286.

5 ; v. également Jacquemard, *op. cit.*, p. 143 à 147) et de plusieurs arrêts parfois cités comme précédents (20.2.69, Pinard, R., p. 188 ; 20.5.04, Marseillais de Navig. à vapeur, R., p. 425 ; 8.11.11, Labeye, R., p. 987), en particulier de ceux qui visent des augmentations d'impôts, de taxes ou de droits d'octroi. Il y a ici fait du prince, et non imprévision ; M. Berthélemy distingue nettement les deux cas (1).

Écartons aussi les arrêts qui basent une révision sur la modification administrative d'un contrat de concession (2) : ici encore il y a responsabilité contractuelle.

On a plus souvent cité comme précédent la *jurisprudence dite « des entrepreneurs »* ; le Conseil d'État accorde une indemnité quand les prestations à fournir ont augmenté d'une manière imprévisible ; mais, encore une fois, il y a ici responsabilité contractuelle de l'Administration, qui demande au fournisseur plus qu'il n'était prévu par la convention ; nous devons donc écarter le fameux arrêt Wittersheim (20.4.77, R., p. 344) et tous ceux qui, comme lui, basent la révision sur une augmentation de l'étendue des prestations (entre autres 23.3.70, Klein, R., p. 334 ; 2.8.70, Soubervieille, R., p. 975 ; 17.7.85, Deyrault, R., p. 700 ; 14.11.02, Olmer et Hesbert, R., p. 664 ; 25.2.76, Way, R., p. 198 ; 8.11.11, Labeye, R., p. 987).

Sans doute, plusieurs des arrêts que nous venons de citer invoquent-ils le fait que les augmentations de charges ne rentraient pas dans les prévisions des parties, mais cette simple constatation ne saurait nullement donner une base juridique à la révision ; elle ne peut que « mesurer le droit à indemnité, en déterminant l'étendue matérielle de l'obligation contractuelle » (3) ; la base juridique de cette indemnité doit être recherchée dans le droit commun des obligations ; elle réside dans la responsabilité contractuelle, qui, en droit administratif, se transforme en fait du prince.

Cette différence de base juridique se traduit d'ailleurs dans la pratique par des conséquences essentiellement différentes : les arrêts antérieurs à la grande guerre supposent une faute de l'Administration seule, indemnisent le fournisseur pour le plus faible dépasse-

(1) *Rev. pol. et parl.*, 10.7.17, p. 24.

(2) Jacquemard, p. 153 à 157.

(3) Jacquemard, p. 153.

ment des prévisions et ne laissent à sa charge aucune part des dépenses supplémentaires ; aucune de ces caractéristiques ne se rencontre dans la jurisprudence inaugurée en 1916, qui, sur les trois points que nous venons de citer, conduit à des résultats complètement opposés.

Nous ne pouvons davantage retenir la *jurisprudence dite « des déblais »* : celle-ci, appliquée depuis longtemps aux marchés de travaux publics, indemnise les entrepreneurs qui ont rencontré des difficultés techniques imprévues (bloes erratiques, nappes d'eau, etc.) et dépassé ainsi le montant des dépenses sur lesquelles ils pouvaient raisonnablement tabler ; de nombreux arrêts ont été rendus en ce sens par le Conseil d'État (entre autres 23.1.62, Oliva, R., p. 63 ; 3.2.05, Ville de Paris, R., p. 105 et D. P. 1907.5.48 ; 16.3.79 ; 7.6.89 ; 19.7.95 ; etc.). Évidemment, il n'y a plus ici ni faute contractuelle ni fait du prince ; mais là se borne l'analogie avec la théorie de l'imprévision, invoquée par M. Chardenet lui-même dans ses conclusions relatives au gaz de Bordeaux ; car :

1° l'imprévision invoque, comme nous le verrons, des perturbations économiques générales, humainement impossibles à prévoir et qui bouleversent toute l'économie du contrat ; la jurisprudence des déblais se base sur des faits particuliers à l'entreprise, prévisibles sans faculté exceptionnelle de prévision (1) et n'exige pas le bouleversement de l'économie du contrat ;

2° la jurisprudence des déblais ne partage pas le supplément de charges entre l'entrepreneur et l'Administration ;

3° elle se base sur un dépassement des dépenses prévues au devis (C. E., 23.1.62, R., p. 63 ; 16.12.64, R., p. 1019) ou sur la rencontre de déblais non prévus au cahier des charges (C. E., 19.7.95, R., p. 592) ; ici encore nous avons donc un dépassement des prestations fixées par le contrat ; l'indemnité repose ainsi sur les principes généraux du droit contractuel d'une part, sur les caractères spéciaux des marchés de travaux publics d'autre part ; car ceux-ci admettent toujours que le fournisseur doit être indemnisé quand des événements imprévus dérangent sensiblement l'économie de son contrat ; ils supposent le maintien d'un certain équilibre entre les presta-

(1) Jacquemard, p. 167.

tions (art. 30 à 33 des cond. génér. des Ponts et Chaussées) ; « c'est un usage, dit M. Berthélemy, dont le respect s'impose aux interprètes des contrats, non pas à raison du caractère administratif des actes dont il s'agit, mais parce qu'il est présumé que les parties, traitant de bonne foi, ont entendu s'y conformer. Cela paraît d'autant plus juste que les marchés dont nous parlons sont simplement commutatifs ; ils renferment le minimum d'aléa qu'entraînent toutes opérations industrielles ou commerciales... La différence est grande avec les concessions à possibilité illimitée, là l'imprévision est presque fatale ; on en peut difficilement tenir compte. En matière de travaux, ce qui n'a pas pu être prévu est exceptionnel et vicie le consentement » (1).

La jurisprudence des déblais n'est donc nullement une application du principe de l'imprévision.

Au contraire, de nombreux arrêts d'avant-guerre refusent toute indemnité pour aggravation des conditions économiques, renchérissement, etc. ; citons en particulier ceux des 18 avril 1821 (Boubée, R., p. 521), 30 mai 1821 (S. 1819-1821.2.409), 1^{er} février 1829 (R., p. 20), 20 juin 1837 (Mauguin, R., p. 257), 27 mai 1839 (Lafitte, R., p. 300), 2 février 1846 (Mantout, R., p. 60), 6 juillet 1854 (Nizerolles, R., p. 622), 18 juin 1856 (Dubourg, R., p. 432), 28 janvier 1858 (Médan, R., p. 93), 2 mai 1861 (Dato, R., p. 318), 27 novembre 1867 (Bordenave, R., p. 881), 15 avril 1873 (Godillot, R., p. 352), 31 mars 1874 (Veuve Foucart, R., p. 315), 20 novembre 1885 (Portolano, R., p. 861).

Ainsi, nous pouvons affirmer que *la théorie de l'imprévision était complètement ignorée de notre contentieux administratif avant la grande guerre* ; les décisions invoquées en sens contraire concernent des cas différents de celui que nous étudions ; elles se rapportent à certaines clauses prises isolément et non au contrat dans son ensemble ; aucune d'elles n'accorde d'indemnité lorsque l'étendue des prestations est nettement définie par le contrat, qu'il n'y a ni responsabilité contractuelle ni fait du prince et que le seul motif invoqué par les fournisseurs est une hausse des prix ; bien au contraire, lorsque les conditions précédentes étaient remplies, le Conseil d'État avait toujours refusé toute indemnité.

(1) *Rev. pol. et parl.*, 10.7.17, p. 29.

Pas plus que la jurisprudence civile, la jurisprudence administrative d'avant-guerre ne peut être invoquée à l'appui d'une demande de révision.

b) La naissance de la théorie

Comment est donc née la nouvelle jurisprudence ?

Les premières sociétés affectées par le bouleversement économique consécutif à la mobilisation furent les compagnies concessionnaires de gaz et d'électricité ; car, d'une part, pour des raisons diverses (envahissement de la Belgique et du Nord de la France, élimination de l'Allemagne, conscription en Angleterre, guerre sous-marine, hausse des salaires, des frets et des changes, augmentation de la consommation due au développement des industries d'armement, influence de la spéculation, etc.), le charbon augmenta plus rapidement que les autres matières premières (de 25 fr. en 1913 à 117 fr. en mars 1916) ; d'autre part, les tarifs étaient, par cahiers des charges, fixés pour de nombreuses années ; si certaines communes, notamment dans la banlieue parisienne, consentirent des avenants, d'autres, plus nombreuses, soutenues par des interventions parlementaires (1), s'y refusèrent énergiquement.

L'exploitation devenait impossible sans lourdes pertes ; le gouvernement restait neutre ; les compagnies concessionnaires n'eurent d'autre ressource que de porter les litiges devant la juridiction administrative ; la plupart des Conseils de préfecture rejetèrent les requêtes des compagnies, en se basant sur les principes du droit civil et sur la part d'aléa que renferme tout traité de concession ; d'autres les admirèrent, en se basant sur la consultation juridique du 24 juin 1915 (2) et sur l'équivalence des prestations dans le contrat de concession.

Devant ces divergences, un arbitrage s'imposait : le Conseil d'État le réalisa par son fameux *arrêt du 30 mars 1916, dit « du gaz de Bordeaux »* ; il donnait gain de cause à la compagnie, en adoptant intégralement la thèse développée dans les célèbres conclusions du commissaire du gouvernement Chardenet ; arrêt et conclusions

(1) Chambre, séance du 20 juillet 1915, discours du député socialiste Pierre Laval.

(2) *Gazette des Tribunaux*, 18 et 19 fév. 1916.

posent pour la première fois le principe de l'imprévision, en fixent les conditions, en déterminent les conséquences.

A la suite de cet arrêt, de nombreux avenants furent encore signés entre compagnies et municipalités, mais beaucoup de communes refusèrent de s'incliner devant la nouvelle jurisprudence ; à la fin de 1916, 200 procès étaient en instance devant les Conseils de préfecture ; certaines de ces juridictions donnèrent raison aux communes, d'où pourvois devant le Conseil d'État, qui maintint sa jurisprudence ; le Parlement essaya de l'arrêter (propositions Delaroue-Viollette votées par la Chambre mais non par le Sénat) ; le Gouvernement, après avoir tenté une résistance, finit par s'incliner (avis du 8 mai 1917 du min. de l'Intérieur au C. E.). La théorie de l'imprévision s'implantait solidement dans notre contentieux administratif.

*c) Les conditions et les conséquences de l'imprévision
dans les contrats de concession*

En quoi donc consistait cette théorie ?

L'arrêt du gaz de Bordeaux en avait fixé les grandes lignes ; mais, dans la pratique, de multiples difficultés se présentèrent et donnèrent lieu à de nouveaux litiges ; de nombreux arrêts vinrent successivement confirmer, puis préciser la nouvelle jurisprudence ; le Conseil d'État élaborait peu à peu les détails d'une construction complète et cohérente, qui semble maintenant tout à fait au point.

Nous ne nous étendons pas sur ces différents arrêts : depuis 1916, environ 200 d'entre eux sont consacrés aux seuls traités de concession ; nous indiquerons seulement de façon très sommaire les grands traits de la jurisprudence, telle qu'elle se présente actuellement, afin de pouvoir en examiner l'application aux marchés de fournitures ; la question ayant été étudiée en détail dans de très nombreux ouvrages, nous nous abstenons même de citer aucune référence jurisprudentielle.

1° *Principe général.* — La convention subsiste mais, en raison de la hausse exceptionnelle survenue, par suite de la guerre, dans le prix du charbon, elle ne peut plus être appliquée purement et simplement, comme s'il s'agissait d'un aléa ordinaire de l'entreprise ; car le coût de fabrication du gaz, ou de l'électricité, a aug-

menté dans des proportions dépassant tous les calculs et qui n'avaient pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat ; *le concessionnaire doit donc continuer à assurer le service dont il est chargé, mais il sera indemnisé à partir du moment où le niveau des prix dépassera toutes les prévisions.* La fixation de l'indemnité doit, autant que possible, résulter d'un accord amiable ; sinon, elle sera faite par des experts et non par les juges administratifs eux-mêmes.

2° *Ouverture du droit à indemnité.* — La détermination du *moment où le niveau des prix a commencé à dépasser toutes les prévisions* est donc très importante. Comment l'effectuer ?

Tout d'abord, le Conseil d'État ne faisait entrer en ligne de compte que le prix du charbon ; puis, à partir de l'arrêt des Automobiles postales, il y ajouta successivement d'autres éléments et finit par prendre en considération le prix de revient lui-même ; il tient donc compte actuellement de toutes les dépenses d'exploitation (matières premières, salaires, frais généraux, impôts, charges financières), des recettes d'exploitation (prix du coke et des sous-produits), des charges financières, etc.

Il faut ensuite comparer le prix de revient réel au prix de revient limite, c'est-à-dire au prix maximum que les parties ont pu envisager lors de la passation du contrat ; la détermination du prix de revient réel nécessite l'étude de la comptabilité complète de l'entreprise : la détermination du prix-limite nécessite celle du prix de revient au moment de la passation du contrat et la recherche de la prévisibilité normale ; nous traiterons ultérieurement ce dernier point.

Le droit à indemnité s'ouvre à partir du moment où le prix de revient réel dépasse le prix de revient limite ; il suppose que le dépassement a rendu l'exploitation déficitaire ou a aggravé le déficit normal.

3° *Fixation de la charge extracontractuelle.* — A partir de ce moment, le contrat est en quelque sorte suspendu ; il s'agit de déterminer la charge supplémentaire que supporte le concessionnaire pendant cette suspension, autrement dit la charge extracontractuelle.

Pendant trois ans, le Conseil d'État ne donna aucune directive à ce sujet ; puis il précisa peu à peu les éléments de la charge extra-

contractuelle qui résultent de toutes les circonstances ayant pu influencer sur les résultats de l'exploitation. Remarquons que cette indication est donnée dès le 11 avril 1919 (Gaz d'Auxerre, R., p. 380) en ce qui concerne la fixation de la charge extracontractuelle alors que l'influence des mêmes éléments sur l'ouverture de la période extracontractuelle n'a été admise que 2 ans et demi à 3 ans plus tard (25.11.21 pour les Automobiles postales, 23.6.22 pour les concessions gazières de Quimper et Morlaix).

Par conséquent, les experts doivent établir le bilan complet de l'exploitation, en y faisant intervenir toutes les augmentations et toutes les diminutions de dépenses, évaluées pécuniairement ; ils reçoivent des pouvoirs de plus en plus larges et finissent par avoir toute latitude pour apprécier les répercussions qu'ont eues les circonstances exceptionnelles nées de la guerre sur « le résultat financier de l'exploitation » (23.6.26, gaz de Bédarieux). L'arrêt du gaz de Besançon (8.5.25, R., p. 1177 et note D. P. 1927.3.21) et les arrêts subséquents précisent qu'il convient de prendre pour critérium « l'exploitation normale de l'entreprise », sans tenir compte des diminutions de recettes et augmentations de dépenses causées par une gestion défectueuse ou par des actes purement bénévoles (1). De même, le *damnum emergens* doit intervenir mais non le *lucrum cessans*. Les taux d'intérêt et d'amortissement doivent être les mêmes pendant la période litigieuse que pendant la période extracontractuelle (Ville de Segré, 28.11.24). Le prélèvement pour la réserve légale doit entrer en ligne de compte (9.11.32, Cherbourg, R. D. P. 1933, p. 132).

Le déficit à considérer résulte de la comptabilité de l'entreprise ; il ne saurait être évalué en appliquant fictivement une formule d'index économique (Ménerville, 28.11.30).

Dans le cas de sociétés à concessions multiples, les experts doivent tenir compte à la fois des concessions de gaz et d'électricité dans la même commune (gaz de Nice, 27.6.19) mais non des exploitations ne constituant pas « une annexe nécessaire » du service concédé et en particulier des concessions obtenues dans d'autres villes ou des entreprises accessoires (gaz de Brive, 8.8.24 ; Ajaccio, 11.7.30) : ils ne doivent ni déduire les bénéfices réalisés avant la période

(1) Mestre, *Génie civil*, 29.8.25, p. 193.

extracontractuelle (gaz d'Auxerre, 11.4.19), ni tenir compte des possibilités d'avenir (gaz de Nice, 27.6.19), mais ils doivent déduire de la charge extracontractuelle le déficit qui, d'après la marche de l'entreprise, pouvait être normalement prévu (Brive).

Remarquons que la marge de hausse prévisible intervient pour la détermination du prix-limite mais non pour celle de la charge extra-contractuelle (Roanne, 1.11.27 ; Châtellerault, 30.11.28) ; elle sert donc uniquement à fixer le point de départ de la période extra-contractuelle, mais ne doit pas être déduite du déficit (1).

4° *Fin de la période extracontractuelle* — La période extracontractuelle est temporaire ; elle cesse avec les causes qui l'ont fait naître, c'est-à-dire quand le prix de revient réel redescend au-dessous du prix de revient limite.

A ce moment, la convention reprend toute sa valeur ; le déficit, s'il subsiste, redevient un aléa normal que le concessionnaire doit être le seul à supporter (2).

Il peut donc se produire une succession de périodes contractuelles et extracontractuelles suivant les variations relatives des prix de revient réel et limite (3).

Étant exceptionnelle et temporaire, la période extracontractuelle prend également fin quand la hausse devient définitive et le déséquilibre permanent.

5° *Répartition de la charge extracontractuelle*. — L'ensemble de la charge extracontractuelle ainsi déterminée doit être partagée entre les deux contractants ; le Conseil d'État n'entend nullement l'imputer à la commune seule ; mais la compagnie doit supporter « la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge ». (Nous avons déjà fait remarquer que l'expression de force majeure constituait ici une erreur de terminologie.)

Les directives ainsi données par l'arrêt du gaz de Bordeaux étaient bien vagues et les conclusions de M. Chardenet n'étaient, sur ce point, guère plus précises. L'arrêt du gaz de Nice (27.6.19) limitait l'appréciation « de tous les faits de la cause » à la période litigieuse ;

(1) Jèze, R. D. P., 1932, p. 298.

(2) Concl. de M. Riboulet sous gaz de Nice, 27.6.19, R. p. 572 et s.

(3) Jèze, R. D. P., 1932, p. 317.

mais les trois arrêts du 12 décembre 1919 (gaz de Sens, gaz et électricité de Melun et Vendôme) modifient cette jurisprudence ; depuis cette date, et contrairement à ce qui se passe pour la fixation de la charge extracontractuelle, *la répartition doit être faite en envisageant toute la durée de la concession* ; les résultats acquis et les résultats espérés, les bénéfices d'une exploitation qui n'est pas une « annexe nécessaire » du service concédé interviennent donc pour la répartition de la charge mais non pour sa fixation.

La répartition est faite *par les experts* ; dans les cas très rares où il l'a effectuée lui-même, le Conseil d'État n'a laissé à la charge de la compagnie qu'une faible part de la charge extracontractuelle (18,5 % pour le gaz de Cette, 16-1-20 ; 13,5 % pour le gaz d'Ajaccio, 11.12.25 ; 10 % pour les automobiles postales, 25.11.21). Certains auteurs ont estimé que la répartition de la charge, solution des mauvais jours, ne se concevait plus quand le déficit devenait chronique et qu'alors la compagnie devait être indemnisée de l'intégralité de sa perte (1) ; mais le Conseil d'État, tout en admettant que la stabilisation des conditions économiques pouvait modifier la répartition des charges, en a invariablement maintenu le principe (par exemple 30.3.28, Belfort, R., p. 477 ; 30.11.28, Châtellerault, R., p. 1228 ; 18.11.29, Tours, R., p. 909 ; 18.7.30, Union des gaz, R., p. 758 ; Jèze, R. D. P., 1932, p. 322).

La répartition ne s'explique nullement, comme on l'a prétendu, par la nécessité que le concessionnaire, comme tous les Français, prenne, pendant les hostilités, sa part des sacrifices communs, puisque le Conseil d'État la maintient après la guerre.

6° *Répercussion sur les usagers.* — Remarquons en terminant que *toute la question posée l'est entre commune et concessionnaire* ; les abonnés n'y sont pas directement intéressés ; mais ils finissent par en supporter seuls toutes les répercussions, comme contribuables communaux d'abord, puis comme usagers lorsque la commune, pour éviter une nouvelle condamnation, se décide à relever les tarifs par avenants ; si le Conseil de préfecture est incompétent pour se prononcer sur le taux du relèvement à réclamer aux consommateurs, il peut indiquer aux parties les conditions dans lesquelles ce relè-

(1) Alibert, *L'imp.*, p. 27 ; — Bosc, R. D. P., 1925, p. 302 ; — G. Allix, *La crise des voies ferrées d'intérêt local*, in fine.

vement du prix du gaz, arrêté d'accord, pourrait tenir compte à la compagnie des sujétions exceptionnelles subies et remplacer l'indemnité éventuelle (16.1.20, gaz de Montreuil, R., p. 39 ; 26.3.20, gaz d'Agen, R., p. 344 ; 21.5.20, gaz de Neuilly-sur-Marne, R., p. 526).

Les usagers avaient soutenu que l'avenant était pour eux *res inter alios acta* aux termes de l'article 1165 du Code civil et ne pouvait leur être opposé ; mais toutes les décisions judiciaires leur ont donné tort et ils n'ont pas insisté (1).

D'autre part, les marchés de fournitures passés par les concessionnaires pour livraison de combustible étaient privés et, comme tels, résiliables par application de la loi Failliot (2).

*d) La théorie de l'imprévision n'est pas fondée
sur l'imprévision*

Il paraîtrait naturel de dire que l'imprévision, qui a donné son nom à la nouvelle théorie, en constitue le fondement ; en réalité, il n'en est rien.

Nous le montrerons en établissant successivement que :

1. le terme est bien vague pour servir de base à une jurisprudence fixe ;
2. l'imprévision conduirait à des conséquences différentes de celles admises par le Conseil d'État ;
3. souvent la jurisprudence s'applique dans des cas prévisibles
4. plus souvent encore, elle ne s'applique pas dans des cas imprévisibles.

1. « *Imprévision* » est un terme bien vague pour servir de fondement à une jurisprudence fixe. — Et, tout d'abord, qu'est-ce que l'imprévision ?

Le terme ne se trouve pas dans Bescherelle ; Littré le cite mais l'indique comme absent du Dictionnaire de l'Académie ; il précise qu'il compterait pour cinq syllabes en versification, mais le sujet ne nous paraît pas très susceptible d'inspirer les poètes.

Étymologiquement, c'est le manque de prévision ; il y a impré-

(1) Lapeyre, *L'imp.*, p. 74 à 82.

(2) Lapeyre, *ibid.*, p. 69 à 74.

vision d'un événement par un individu si cet individu n'a pas prévu l'événement ; or jamais le Conseil d'État n'a entendu tenir compte de ce que les contractants ont prévu car :

1^o leurs prévisions ne sont généralement pas concordantes ; on ne peut donc parler des prévisions des parties, mais des prévisions de chacune d'elles ;

2^o les prévisions d'une partie au moment du contrat n'étaient connues que d'elle seule ; elle ne se les rappelle plus elle-même au bout de plusieurs mois ou plusieurs années ; et juges et experts seraient bien incapables de les reconstituer, quand « le diable lui-même » n'y parviendrait pas (v. chap. 1^{er}, sect. I, B) ;

3^e même si les prévisions réellement faites pouvaient être connues, en tenir compte reviendrait à avantager celui qui n'a rien prévu et à désavantager le prévoyant.

L'imprévision peut en effet résulter soit de l'imprévoyance soit de l'imprévisibilité ; le Conseil d'État n'a jamais entendu tenir compte de la première mais seulement de la seconde ; c'est donc employer un terme trop large que de parler de la « théorie de l'imprévision », car ce serait y comprendre à la fois l'imprévoyance et l'imprévisibilité ; en réalité, il faudrait parler de la *théorie de l'imprévisibilité*. Toutefois, le terme d'imprévision est tellement passé dans la pratique courante que nous continuerons à l'employer ; mais il reste bien entendu qu'en parlant d'imprévision, nous visons en réalité l'imprévisibilité.

Le Conseil d'État envisage donc, non ce que les parties ont prévu ou ce que chacune d'elles a prévu, mais ce qu'elles pouvaient prévoir ; et il charge les experts de le rechercher, sans d'ailleurs leur donner à ce sujet aucune directive précise ; or cette recherche est bien difficile.

« Le fait même qu'un événement est survenu prouve qu'il était humainement possible » (1) et par conséquent qu'on pouvait le prévoir ; tout événement réalisé était prévisible, au sens absolu du terme, ce qui réduirait à néant la théorie ; la nouvelle expression que nous avons employée, en la tirant d'ailleurs des arrêts du Conseil d'État, est donc encore inexacte ; il ne faut pas considérer « ce que les parties pouvaient prévoir » mais « ce que les parties pouvaient normalement prévoir ».

(1) Radouant, *op. cit.*, p. 161.

Nous sommes ainsi conduits au concept du contractant de prévoyance normale ; nous ne devons considérer ni l'imprévoyant, ni l'exceptionnellement prévoyant mais le prévoyant moyen ou normal.

Que comporte donc la *prévoyance normale* ? Nous avons un peu précisé la question à résoudre, mais la réponse n'est encore pas facile.

Nous écarterons provisoirement tous les cas où les faits dommageables au fournisseur résultent soit d'un acte de la puissance publique — nous les retrouverons en examinant le fait du prince —, soit d'une faute du fournisseur, car ils lui seraient alors imputables.

Nous écarterons également les événements intérieurs au fonctionnement même de l'entreprise : car le fabricant serait inexcusable de n'en pas tenir compte ; ils constituent pour lui un risque permanent, inhérent à l'existence même de son entreprise ; par conséquent, à moins d'être de véritables cas de force majeure, au sens strict du terme, ils peuvent et doivent être prévus ; et les cas de force majeure, nous l'avons vu, ne se rencontrent pas dans la théorie de l'imprévision.

Nous supposons donc que les événements sont fortuits, indépendants de la volonté de chacune des parties en cause et d'autre part extérieurs au fonctionnement même de l'entreprise.

Leur prévision nécessitait-elle une prévoyance exceptionnelle, ou simplement normale ?

Prenons un exemple : des nombreux arrêts relatifs aux concessions de gaz et d'électricité, il ressort que la guerre pouvait être prévue, mais ce qu'on ne pouvait prévoir, c'est la façon dont elle a été conduite, c'est la violation de la neutralité belge, la non-observation des règles les plus élémentaires du droit des gens, la guerre sous-marine, la longue durée des hostilités ; et M. Chardenet, qui cite ces divers éléments imprévisibles dans ses conclusions sur le gaz de Bordeaux, donne cette explication : « Si, en 1904, on avait pu soupçonner une guerre telle que la guerre actuelle, ou bien on aurait inséré dans le contrat qu'on élaborait des clauses précises pour ce cas, car le contrat actuel est certainement insuffisant pour l'état de choses de ce moment ; ou bien, on aurait réservé le cas en disant qu'on prendrait telles mesures qui seraient nécessaires pour assurer le service, si cette guerre venait à se produire et à entraîner

les conséquences que nous avons indiquées » ; et il a beau ajouter que « le bon sens le plus élémentaire imposait de semblables solutions », nous ne pouvons adopter son raisonnement car, prouvant seulement que les parties n'ont pas prévu les événements, mais non qu'elles ne pouvaient les prévoir, il s'appliquerait à tous les cas d'imprévoyance comme à ceux d'imprévisibilité.

Mais si le motif donné par M. Chardenet n'est pas valable, la distinction qu'il a faite subsiste entre un événement possible et les circonstances exceptionnelles dans lesquelles il se produit.

En somme, le problème de la prévisibilité se ramène à celui de la *probabilité* : on doit prévoir un événement certain ou de probabilité 1 ; on ne peut prévoir un événement impossible ou de probabilité 0 ; mais, entre ces deux extrêmes, il faut fixer la probabilité limite au-dessous de laquelle un événement est imprévisible, au-dessus de laquelle il est prévisible ; M. l'ingénieur en chef Kahn, qui a soutenu cette théorie dans son étude sur l'aléa dans les contrats (1), affirme qu'« une généralisation de la théorie de l'imprévision ne pourrait échapper à l'arbitraire qu'en s'appuyant sur des statistiques ».

Ici, entendons-nous bien : il ne s'agit pas d'entreprendre, au point de vue de leur possibilité, une analyse des causes qui peuvent influencer sur les cours ; les considérations exposées par les commissaires du gouvernement et développées par de nombreux auteurs pourraient à ce sujet prêter à confusion ; on pouvait prévoir la guerre, nous dit-on, mais non pas la violation de la neutralité belge, la guerre sous-marine ou la longue durée des hostilités ; ce n'est pas à des questions si élevées que peut s'appliquer la méthode statistique : comment rechercher si des contractants d'avant-guerre pouvaient, plus que les auteurs du plan 17, renseignés par le « Vengeur », prévoir que le grand état-major allemand appliquerait les principes de von Schlieffen ? quels précédents aurait-on pu examiner pour chercher à prévoir les conditions de la guerre sous-marine ? et comment une statistique aurait-elle pu déterminer la durée probable de la grande guerre en se basant sur des conflits antérieurs qui en différaient profondément à tous points de vue ? La loi d'induction, définie

(1) Thèse, Paris, 1924, p. 70.

par Henri Poincaré (1) : « Si un antécédent A a produit une fois un conséquent B, un antécédent A', peu différent de A, produira un conséquent B', peu différent de B » ne s'applique pas aux grands événements historiques car les antécédents ne sont pas « peu différents » et leur nombre est beaucoup trop grand pour qu'il soit possible d'en isoler quelques-uns.

Ainsi la recherche des causes serait absolument vaine : elle conduirait à des considérations de tous ordres : psychologiques, diplomatiques, militaires, politiques, économiques, etc.; la question se compliquerait au fur et à mesure qu'on chercherait à l'éclaircir.

La statistique doit donc négliger les causes de la hausse, elle ne peut s'appliquer qu'à la hausse elle-même ; le problème est ainsi analogue à celui de la spéculation : « Le marché de la rente, dit M. Bachelier (2), soumis constamment à une infinité d'influences variables et qui agissent dans divers sens, doit finalement se comporter comme si aucune cause n'était en jeu et comme si le hasard agissait seul. Les résultats de la théorie ne pourraient être mis en défaut que si une cause agissait constamment dans le même sens ; en général, la diversité des causes permet leur élimination, l'incohérence même du marché est sa méthode, et c'est parce qu'il n'obéit à aucune loi qu'il suit fatalement la loi du hasard ».

Ainsi, nous devons borner notre ambition ; la méthode statistique, inapplicable aux causes, doit se borner aux effets.

Il faudrait donc rechercher quelles ont été dans le passé les variations des prix et en déduire leur probabilité dans l'avenir. Pour prendre un exemple simple, il faudrait étudier quelles ont été précédemment les variations de cours du charbon : les graphiques versés au dossier du gaz de Bordeaux indiquent que le prix de la tonne, qui était de 23 fr. 08 en 1868, ne s'est élevé qu'à 23 fr. 17 en 1870 et à 23 fr. 94 en 1872 ; le prix le plus élevé, atteint au moment de la guerre du Transvaal, a été de 27 fr. 636.

Allons-nous donc dire : « Le maximum prévisible était le maximum atteint dans les guerres antérieures, donc 27 fr. 636 ; au delà, il y a imprévision ? » Mais ce serait supposer que le conflit mondial pouvait être assimilable à la guerre du Transvaal ! Ce serait négli-

(1) *La valeur de la science*, Flammarion, p. 258.

(2) *Le jeu, la chance et le hasard*, Flammarion, 1917, p. 177.

ger les différences fondamentales qu'il devait présenter avec tous les conflits antérieurs.

Nous sommes donc dans un véritable cercle vicieux : nous avons dû éliminer les causes, pour ne pas nous lancer dans une recherche illusoire et vaine, nous avons dû nous borner à examiner la hausse des prix en elle-même ; et nous constatons que nous ne pouvons l'isoler de ses causes sans assimiler des événements qui ne sont comparables en rien.

Car, si nous nous bornions à dire qu'un événement est imprévisible s'il ne s'en est jamais produit d'analogue, nous serions conduits à considérer comme imprévisibles tous les événements, non seulement de la dernière guerre, mais de l'après-guerre et du temps présent. A coup sûr, les conditions exceptionnelles de la grande guerre ont amené pendant sa durée un bouleversement sans précédent, dont Gide a donné un tableau saisissant dans son *Cours d'économie politique* (1) : « Depuis trois ans, l'Europe vit, écrit-il, sous un régime économique tel qu'il dépasse en imprévu les visions de Fourier comme les anticipations de Wells. La liberté du travail pour les ouvriers, aussi bien que pour les patrons, suspendue par la mainmise de l'État sur presque toute l'industrie, la liberté des échanges supprimée tant à l'intérieur qu'à l'extérieur par les taxations, réquisitions, prohibitions des importations et des exportations ; l'équilibre des marchés rompu par l'emprisonnement de l'or, ce grand niveleur des échanges, la liberté de consommation réglementée par la mise en carte de tous les consommateurs et même une sorte de régime communiste institué par la mobilisation des civils, par l'invitation adressée à chacun de porter les chaussures nationales et le drapeau national, par la remise des dettes, le loyer gratuit, que sais-je encore ? Et dans ces conditions, si contraires à celles que les économistes déclaraient indispensables à la vie économique, les nations ont vécu tant bien que mal, plutôt mal que bien, mais ont vécu tout de même. Toutes les prévisions, soit quant à la durée de la guerre que l'un des économistes les plus éminents fixait à six mois, soit quant à l'interruption et à l'inhibition de la vie économique devant résulter de la mobilisation de presque toute

(1) Édition 1919, Préface.

la population masculine, soit quant au montant des dépenses compatibles avec les ressources des pays belligérants ou à la quantité du papier-monnaie que la circulation pouvait tolérer, se sont trouvées infiniment dépassées ».

Mais, si les événements qui précèdent étaient imprévisibles, n'en est-il pas de même de tous ceux que nous avons pu constater après 1919 ? Qui, à cette époque, aurait pu prévoir que la France ferait une banqueroute des 4/5^e, que le franc vaudrait beaucoup moins que la peseta, que la lire deviendrait stable et la livre erratique, que les États-Unis feraient volontairement tomber le dollar, qu'une indemnité de guerre serait finalement réclamée non à l'Allemagne vaincue mais à la France victorieuse ? Qui aurait pu prévoir que l'Europe, privée de millions de producteurs, souffrirait de la surproduction, que l'on verrait en même temps des famines et des destructions concertées de produits alimentaires ? Qui aurait pu entrevoir des pays souffrant de la disette de l'or et d'autres de son abondance, des nations aussi gênées de leurs créances que d'autres de leurs dettes, les États se repliant sur eux-mêmes à l'abri d'infranchissables barrières douanières ?

Si donc nous ne considérons que les causes, les événements d'après-guerre sont aussi imprévisibles que les événements de guerre ; mais, si nous nous en tenons aux effets, le résultat est le même. La hausse des cours pendant la guerre, avons-nous dit, a dépassé tout ce qui s'était produit lors des conflits antérieurs ; mais leur baisse de 1930 à 1932 a également dépassé tout ce qui s'était vu jusqu'alors ; si nous fixions les prix limites en consultant les statistiques et recherchant les limites extrêmes des variations enregistrées dans les précédentes crises, nous en concluons que tout ce qui s'est passé depuis 1930 était imprévisible ; les prix-or minima atteints depuis un siècle sont presque tous supérieurs aux prix de 1932 ; à cette époque donc et depuis longtemps, la prévision normale aurait conclu à la hausse et cependant chaque mois amenait de nouveaux records en baisse ; certaines denrées, comme le caoutchouc, avaient perdu les 49/50^e de leur prix. La crise actuelle est aussi hors de proportion avec les crises antérieures que la grande guerre avec les conflits précédents ; la dévalorisation des monnaies depuis 1919 « surclasse » les altérations effectuées par Philippe le Bel comme la guerre de 1914-1918 « surclasse » les luttes du Moyen Age. D'ailleurs, celui

qui aurait publiquement prévu de tels événements plusieurs années d'avance aurait, suivant les périodes, passé pour un défaitiste, un alarmiste ou un individu attendant au crédit de l'État; « peut-on vraiment faire grief à des contractants de ne point avoir prévu des événements dont le simple énoncé en public les aurait amenés en correctionnelle ou en conseil de guerre ? » (1)

Ainsi donc, la méthode statistique ne peut donner aucun résultat si elle s'attache aux causes ; mais, si elle se limite aux effets, elle conduit à étendre considérablement l'imprévision et à la voir dans les événements actuels au même titre que dans les événements de guerre.

On ne peut pourtant admettre que la probabilité caractérisant la prévoyance normale diffère suivant qu'il s'agit de faits de guerre ou de circonstances économiques : pour définir le prévoyant normal, il a d'abord fallu résoudre le « sophisme du tas de blé » : à partir de quel nombre un ensemble de grains est-il un tas, une réunion de gens est-elle une foule, une agglomération de maisons est-elle une ville, etc. ? (2) Il a fallu déterminer par un chiffre la probabilité qui caractérise la prévoyance normale ; ce chiffre est unique, il ne peut varier suivant les circonstances, afin de justifier par une apparence logique les conséquences que l'on se propose d'admettre.

Ainsi, *plus l'on cherche à approfondir la notion d'imprévision, plus on voit l'impossibilité de la définir avec précision* : seule la méthode statistique pourrait y parvenir ; mais dans la pratique elle se heurte à des difficultés considérables, sinon insurmontables ; et, en tous cas, elle tendrait à délimiter l'imprévision tout différemment que le fait le Conseil d'État. Elle conduirait en effet à prendre la durée comme critérium principal ; car, comme l'explique M. Radouant (3), « la durée et l'imprévisible sont en raison inverse l'un de l'autre en ce sens que, dans un temps très long, tous les événements possibles, même extraordinaires, sont à prévoir ». Au contraire, le Conseil d'État qui invoque le critérium de la durée quand il est favorable à ses décisions (concessions d'avant-guerre, marchés de fournitures de guerre ou d'après-guerre) n'y fait aucune allusion quand

(1) Mestre, *Génie civil*, 29.8.25, p. 193.

(2) Kahn, *ibid.*, p. 13.

(3) *Op. cit.*, p. 90.

il serait contraire à celles-ci (marchés de fournitures d'avant-guerre, concessions de guerre ou d'après-guerre).

Il a voulu limiter sa jurisprudence aux conséquences de la guerre, il ne l'a jamais étendue à celles de la dévalorisation ou des crises économiques. Au lieu de le dire nettement, il a voulu justifier ses décisions en invoquant de grands principes, comme l'imprévision ; or l'imprévision, si elle était admise, se retournerait précisément contre son auteur et le conduirait à modifier sa jurisprudence.

Mais, heureusement, il n'en est rien ; la notion d'imprévision est si vague, si fuyante, si insaisissable qu'elle n'est guère dangereuse ; le Conseil d'État s'est bien gardé de jamais la préciser ; il rejette toute la difficulté sur les experts, en les chargeant d'évaluer le prix-limite, sans leur donner aucune directive à ce sujet ; il peut ainsi affirmer que la hausse était imprévisible quand il estime qu'il doit y avoir révision ; et il peut de même affirmer qu'elle ne devait pas échapper aux prévisions des parties quand il veut appliquer strictement le contrat ; des centaines d'arrêts contiennent l'une ou l'autre de ces affirmations prononcées de façon définitive ; aucune discussion n'est possible puisqu'aucun motif n'est donné ; ainsi, pratiquement, le Conseil d'État peut, dans chaque cas, obtenir la solution qu'il juge équitable, tout en paraissant l'appuyer sur un grand principe dont l'imprécision permet tout ; quel que soit le sens de son arrêt, le Conseil d'État l'abrite toujours sous le vaste parapluie de l'imprévision ; la décision prise ne résulte pas des motifs invoqués mais les motifs sont donnés pour justifier une décision prise.

Ainsi l'imprévision ne peut être invoquée que parce qu'il est très difficile de la définir et impossible de la vérifier ; elle ne saurait en aucune façon servir de fondement à une jurisprudence fixe.

2. *L'imprévision conduirait à des conséquences différentes de celles admises par le Conseil d'Etat.* — Même si elle pouvait sortir des brumes qui la protègent, l'imprévision ne saurait justifier la jurisprudence du Conseil d'État, car elle conduirait à des conséquences toutes différentes :

1^o Admettons le principe de l'imprévision : si les parties avaient pu prévoir les événements imprévisibles, autrement dit si leur prévoyance avait été supérieure à la normale, elles se seraient prému-

nies contre les conséquences de ces événements sur l'économie de leur contrat ; pour cela, deux moyens : le plus simple aurait été de décider que la survenance de tels événements résilierait automatiquement le contrat ; le deuxième aurait été de prévoir exactement comment elle en aurait modifié les conditions. Dans le premier cas, il y aurait eu résiliation ; dans le deuxième, on aurait introduit des clauses de révision.

En admettant l'imprévision, le juge cherche ce qu'auraient fait les parties si elles avaient pu prévoir : il devrait donc *ou résilier le contrat ou le maintenir* en le modifiant par l'adjonction de nouvelles clauses ; le Conseil d'État ne fait ni l'un ni l'autre, il laisse subsister le contrat ; et ce qu'il lui ajoute, ce n'est pas la clause de révision que les parties y auraient insérée si elles avaient pu prévoir les événements survenus, c'est une « superstructure », c'est la « situation extracontractuelle » qui ne peut trouver aucune base justificative dans l'imprévision et qui d'ailleurs, nous le verrons, présente des caractères contradictoires.

2° De même que la situation extracontractuelle elle-même, toutes les conséquences qui en ont été tirées et qui forment les grandes lignes de la jurisprudence sont tout à fait étrangères à la notion d'imprévision.

3° Si l'imprévision était admise, elle devrait être *bilatérale* (1) : si le concessionnaire est indemnisé de la perte imprévisible, il doit reverser le gain imprévisible (2) ; M. Jacquemard (3) a montré que les sociétés gazières et électriques avaient réalisé après guerre des bénéfices considérables, dus à des causes — développement industriel, amélioration du standard of life, afflux des étrangers — que l'on ne pouvait normalement prévoir ; il y avait eu alors un véritable « bouleversement de l'économie du contrat », en sens inverse du premier ; les collectivités concédantes auraient donc pu invoquer contre les sociétés concessionnaires tous les arguments donnés par ces dernières en 1916-1918 et leur réclamer le reversement du « bénéfice extracontractuel » ou tout au moins sa déduction de la perte extracontractuelle ; en fait, l'imprévision tendrait ainsi à transformer les concessions en régies intéressées.

(1) Berthélemy, *Rev. pol. et parl.*, 10.7.17, p. 45.

(2) Hauriou, note S. 1920.3.25.

(3) *Op. cit.*, p. 210 à 215.

Or, si le Conseil d'État a admis que l'Administration n'était pas tenue à un minimum de redevances quand les événements de guerre avaient réduit le service dans des conditions imprévisibles (20.6.17, Automobiles postales, R., p. 585) (1), ce sont là des cas de variations des prestations fixées au marché, des cas, par conséquent, étrangers à la jurisprudence proprement dite de l'imprévision ; mais, lorsqu'il y a variation des prix, le Conseil d'État n'applique sa jurisprudence qu'en sens unique : il limite l'aléa mais non le gain ; « il réserve les pertes maxima au concédant, les gains maxima au concessionnaire » ; sa jurisprudence unilatérale ne peut s'expliquer par l'imprévision.

4° La théorie de l'imprévision ne peut logiquement justifier la jurisprudence dite de l'*imprévision relative*. Rappelons en quoi consiste cette dernière : les demandes en révision de contrats n'ont été portées devant la juridiction administrative qu'à défaut d'accord amiable ; très souvent, la question avait pu se résoudre directement entre les parties et des avenants avaient été passés pour mettre les contrats en harmonie avec la situation née de la guerre ; mais souvent aussi, l'adaptation recherchée ne durait que peu de temps et un nouveau déséquilibre se produisait ; les compagnies invoquaient l'imprévision parce qu'elles n'avaient pu prévoir l'aggravation continue des difficultés économiques ; les communes répondaient que l'avenant, ayant précisément été signé pour tenir compte de l'état de guerre, réglait la question de façon définitive.

Invariablement, le Conseil d'État admit que l'imprévision pouvait être invoquée (23.1.20, gaz de Montmorillon ; 12.3.20, Caudebec-les-Elbeuf ; 30.4.20, Darnetal ; 21.3.20, Neuilly-Plaisance et Neuilly-sur-Marne ; 3.6.21, Châtellerault, R., p. 540 ; 28.11.24, Givors ; 19.2.26, Ardouin et C^{ie}, R., p. 192 ; 18.5.27, Soc. industrielle girondine, R., p. 554 ; 18.7.30, Union des gaz, R., p. 758) si les prévisions possibles lors de la signature de l'avenant s'étaient trouvées dépassées dans la suite des événements : or le même raisonnement conduirait à réviser les contrats nouveaux signés pendant la guerre, ce que le Conseil d'État n'a jamais admis.

L'imprévision en cas d'avenant est dite relative : terme impropre, car l'imprévision absolue n'existe pas, toute imprévision est relative à l'époque de la convention.

(1) Mestre, *Génie civil*, 3.1.25, p. 17.

On a prétendu expliquer la jurisprudence en disant qu'un avenant n'était pas un contrat nouveau, mais un prolongement d'un contrat ancien : c'est là jouer sur les mots ; ce raisonnement subtil développé par M. Corneille dans ses conclusions (C. E., 9.11.21, Soc. commerc. des carbures, R. D. P., 1921, p. 486 et suiv.) n'empêche pas que deux sociétés ou deux personnes signant pendant la guerre, le même jour, pour la même durée, la première un avenant et la deuxième un contrat nouveau, aient eu exactement les mêmes possibilités de prévision ; la même solution doit donc s'appliquer à l'une et à l'autre.

De deux choses l'une :

ou l'on admet que c'est la déclaration de guerre elle-même qui justifie une indemnité (c'est ce que fait la loi Failliot par le détour de la résolution), et alors l'imprévision ne s'applique dans aucun des cas précédents ; mais, nous le savons, pareille hypothèse est inadmissible, et contraire au principe même de la théorie : en temps de paix, la guerre peut et doit être prévue et c'est seulement sur ses conditions imprévisibles que se base la jurisprudence ;

ou l'on estime que seules les conditions anormales d'une guerre justifient l'imprévision ; mais alors celle-ci s'applique aussi bien après et pendant la guerre, quand les circonstances économiques dépassent les prévisions normales ; s'il en est ainsi, il faut appliquer la théorie aux deux cas précédents (1).

L'imprévision ne peut en aucun cas justifier la différence de traitement que le Conseil d'État applique aux avenants et aux contrats signés pendant la guerre.

5° Enfin, comme nous allons le voir, le Conseil d'État admet l'imprévision dans des cas prévisibles et inversement.

3. *Souvent le Conseil d'Etat admet à l'imprévision pour des événements prévisibles.* — 1° Certains arrêts accordent une indemnité insignifiante par rapport au total du marché ; or l'imprévision n'a un sens que pour un dépassement très notable du prix.

2° Le Conseil d'État admet souvent l'imprévision alors que les parties ont simplement été imprévoyantes.

3° Le Conseil d'État admet même l'imprévision dans des cas où les difficultés étaient prévues,

(1) Desjonquères, *op. cit.*, p. 156 à 162.

soit par une clause du cahier des charges (14.11.30, Ville de Belfort, R., p. 935), en particulier par l'article 33 des Ponts et Chaussées (30.9.25, Mas-Gayet, R., p. 836 ; 28.4.26, Min. Guerre, R., p. 424 ; 8.2.28, Perchot, R., p. 108),

soit par une clause spéciale prévoyant que le fournisseur ne pourrait rien réclamer sous aucun prétexte (27.3.20, Consorts Féron, R., p. 377 ; 20.6.23, Pillard, R., p. 112),

soit même par une clause de révision de prix (4.11.32, Eau et assainissement, D. H. 1933, p. 57).

Il est certain que dans les cas précédents, non seulement les motifs de hausse pouvaient être prévus, mais ils l'avaient réellement été par les contractants : et cependant le Conseil d'État a déclaré qu'il y avait eu imprévision.

4. *Plus souvent encore, pour des événements imprévisibles, le Conseil d'Etat repousse l'imprévision.* — Voyant que sa théorie, prise comme telle, risquait de l'entraîner trop loin, le Conseil d'État a voulu faire machine en arrière. C'était très simple, il suffisait d'affirmer que les événements invoqués devaient être prévus.

1° C'est ainsi que la Haute Assemblée a déclaré prévisibles :

les difficultés de transports maritimes ou ferroviaires, la crise de ces transports et leurs lenteurs (11.12.18, José da Cunha Mattos, R., p. 1118 ; 5.2.19, Lévy, R., p. 119 ; 26.2.19, Croizat, R., p. 199 ; 12.3.19, l'Épargne française, R., p. 246 ; 5.11.19, Dreyfus, R., p. 781 ; 31.12.19, Léonard, R., p. 969 ; 19.5.20, Grados, R., p. 503 ; 12.7.20, Haillot-Delcourt, R., p. 695 ; 3.11.20, Worms, R., p. 902 ; 10.11.20, Electro-Dives, R., p. 936 ; 30.11.21, Cordonnier, R., p. 986 ; 31.5.22, Billes, R., p. 485 ; 21.2.23, Barthélemy, R., p. 170 ; 6.6.23, Maas, R., p. 446 ; 12.12.23, Besson, R., p. 830 ; 6.7.27, Coder, R., p. 748 ; 4.5.29, Candoret, R., p. 474 ; 27.11.29, Boué, R., p. 1028 ; 4.4.30, Min. Trav. pub., R., p. 399),

les difficultés d'obtenir des autorisations pour importer ou exporter des marchandises (9.2.21, Azanza, R., p. 153 ; 30.11.21, Cordonnier, R., p. 986 ; 25.4.23, Philippe et Varenne, R., p. 358 ; 13.2.24, Grandchamp, R., p. 176),

les irrégularités dans les quantités de matières à transporter (17.6.27, Tramways de Grenoble à Chapareillan, R., p. 678),

la continuation de la hausse de la piastre à la même cadence

que précédemment (4.3.25, Casabianca, R., p. 233 ; 21.11.28, Julien, R., p. 1999),

une diminution du rendement des travailleurs (27.3.20, Consorts Féron, R., p. 377),

le vol de chameaux par des insoumis, le pillage par des brigands (20.2.29, Abd-el-Rahman-Mahouk, R., p. 208),

l'occupation de la Ruhr (4.11.32, Eau et assainissement, D. H. 1933, n° 57),

la pénurie de main-d'œuvre (6.7.21, Jacquemard, R., p. 664 ; 22.6.22, Grand Dépôt de meubles, R., p. 608),

les difficultés de fabrication nées de la guerre (5.2.19, Lévy, R., p. 119 ; 12.3.19, l'Épargne française, R., p. 246 ; 27.3.20, Charlas, R., p. 370 ; 11.2.22, Sautter-Harlé, R., p. 24), etc

Or, plusieurs des événements ci-dessus sont, en fait, tout aussi imprévisibles que ceux invoqués par l'arrêt du gaz de Bordeaux ; il est certain par exemple que l'on peut assimiler, au point de vue de la probabilité, la hausse des frets et celle du charbon, l'encombrement des ports et la guerre sous-marine, la pénurie de main-d'œuvre et la hausse des salaires ; et pourtant le Conseil d'État déclare les uns prévisibles et les autres imprévisibles.

Il prend même parfois des décisions opposées dans des cas analogues, sinon identiques ; c'est ainsi que les arrêts des 28 avril 1926 (Min. de la Guerre c. Perpérot, R., p. 424) et 12 décembre 1929 (Min. Guerre, R., p. 1104), considérant comme imprévisibles « les difficultés résultant à partir de 1915 pour l'exécution du marché de l'état de guerre, et leurs répercussions tant sur la main-d'œuvre devenue plus rare et de qualité inférieure que sur le prix des matières et sur les transports », sont en opposition nette avec plusieurs des arrêts que nous venons de citer.

2° De même, nous avons vu que, selon le Conseil d'État, on pouvait prévoir tous les phénomènes économiques d'après-guerre, baisse des changes, dévalorisation, crise mondiale, alors qu'en réalité ils étaient tout aussi imprévisibles que les conditions de guerre.

3° Enfin, les hausses des cours sont, suivant les cas, déclarées prévisibles ou imprévisibles ; aucune explication n'est donnée et aucun critérium ne peut être trouvé pour caractériser les diverses décisions prises à ce sujet ; comment expliquer par exemple qu'une hausse des prix soit prévisible quand elle résulte de la dévalorisa-

tion et imprévisible quand elle a été causée par l'occupation de la Ruhr (C. E., 4.11.32, Eau et assainissement, D. H. 1933, p. 57), alors que la répercussion réelle est beaucoup plus importante dans le premier cas que dans le deuxième ?

En résumé, la notion d'imprévision est trop tuyante pour pouvoir servir de base à la jurisprudence ; elle entraînerait d'ailleurs des conséquences différentes de celle-ci ; enfin, le Conseil d'État affirme péremptoirement que les événements sont prévisibles quand il veut conclure au respect du contrat ou qu'ils sont imprévisibles quand il désire se placer « en dehors de lui » ; dans ce dernier cas d'ailleurs, il a encore la ressource de dire que les événements imprévisibles n'ont pas bouleversé l'économie du contrat ; et il ne manque pas de l'utiliser.

Ainsi donc, à quelque point de vue qu'on se place, on est forcé d'admettre que *l'imprévision ne constitue nullement un principe général adopté par le Conseil d'État* ; c'est une simple explication destinée à justifier les décisions prises, explication dont l'ingéniosité apparente cache mal l'inanité réelle ; c'est un mot impropre dont le vague peut séduire par la variété des décisions qu'il permet ; le mot est d'ailleurs malheureux par les confusions qu'il risque de produire et l'explication est dangereuse par les généralisations abusives qu'elle peut entraîner.

*e) Les fondements de la théorie
en ce qui concerne les contrats de concession*

Quel est donc le fondement réel de la théorie ?

Il ne peut être cherché, avons-nous dit, dans aucun principe du droit civil ni dans aucun précédent du droit administratif, ni dans aucune loi spéciale : la théorie n'a jamais existé avant 1916, il est inutile d'en chercher les fondements dans les arrêts antérieurs.

Serait-elle donc basée sur un changement de jurisprudence datant de 1916 et appliquant de vieux principes compris différemment ? En aucune façon.

1. La bonne foi et l'intention des parties. — Dans ses conclusions, M. Chardenet fonde la théorie qu'il crée sur le principe suivant lequel « les contrats doivent être exécutés de bonne foi et conformé-

ment à l'intention que les parties avaient pu avoir au moment où elles contractaient ».

Comment donc ce principe, en vigueur bien avant la guerre, ne peut-il être invoqué à l'appui de l'imprévision en droit civil ? C'est, dit la consultation Larnaude du 24 juin 1915 (*Gaz. Trib.*, 18 et 19 fév. 1916), que les contrats administratifs sont avant tout et plus que les autres gouvernés par des règles fondées sur l'équité et la commune intention des parties.

Mais M. Berthélemy, nous l'avons vu, proteste formellement contre cette affirmation (1) : la bonne foi, l'équité, l'interprétation du contrat sont soumises aux mêmes règles en droit civil et en droit administratif ; « également consciencieuses, les juridictions civiles et administratives ont un idéal commun : c'est d'observer l'équité et d'assurer l'exécution de la commune intention des parties ». Il ne faut pas opposer ces juridictions en leur faisant déduire de principes identiques des théories différentes.

D'ailleurs, l'argument de la bonne foi est employé par les adversaires comme par les partisans de l'imprévision (2) ; suivant que l'on met les risques imprévisibles à la charge du créancier ou du débiteur, c'est le créancier ou le débiteur qui est de mauvaise foi en repoussant le droit de la partie adverse ; *invoquer la bonne foi pour justifier ou condamner la théorie de l'imprévision, c'est supposer la question résolue* (3).

D'autre part, on ne peut dire que la communauté d'intention des parties est plus forte dans les contrats administratifs que dans les contrats privés (4) ; car, en ce qui concerne le prix, les intérêts des parties sont toujours opposés ; et, si leur intérêt commun est dans un cas une bonne exécution du service concédé, il est dans l'autre la livraison d'une fourniture de bonne qualité, l'exécution d'un travail correct, etc.

En l'absence de tout fait du prince, la bonne foi et la commune intention des parties ne peuvent donc justifier une théorie spéciale aux marchés administratifs et, parmi ceux-ci, particulièrement appliquée aux marchés de concessions.

(1) *Rev. polit. et parlem.*, 10.7.17, p. 34 et 35.

(2) V. Capitant, note D. P. 1917.2.33.

(3) Desjonquères, thèse, Paris, 1926, p. 57.

(4) Capitant, note précitée.

2. *La force majeure.* — Le Conseil d'État aurait-il donc brusquement modifié sa jurisprudence en adoucissant les conditions de la force majeure ?

Nullement, car :

1^o il s'agit encore ici d'un principe immuable qui ne peut conduire à des théories variables suivant le temps et la nature des contrats ;

2^o la jurisprudence du Conseil d'État n'a pas changé au sujet des conditions de la force majeure ; nous avons cité (sect. I, A, h) nombre de ses arrêts, datant de 1919 à 1923, c'est-à-dire de la période héroïque de l'imprévision, suivant lesquels la force majeure exige toujours l'impossibilité absolue d'exécuter et non la simple difficulté ;

3^o l'admission de la force majeure entraînerait la résolution du contrat et non sa révision.

L'expression de « force majeure » employée dans de nombreux arrêts relatifs à l'imprévision est donc une simple erreur de terminologie ; le caractère insurmontable de l'obstacle reste toujours nécessaire pour qu'il y ait force majeure, il ne se rencontre pas dans le fait imprévisible.

La théorie de l'imprévision ne peut en aucune façon, pas plus depuis la guerre qu'avant 1916, se fonder sur la force majeure.

3. *L'intérêt public.* — L'imprévision et la force majeure, avons-nous dit, si elles pouvaient être admises comme fondements de la nouvelle théorie, entraîneraient la résiliation du marché et non sa révision : pourquoi donc le Conseil d'État ne prononce-t-il jamais la résiliation ? Pourquoi même prend-il des sanctions sévères contre le concessionnaire qui arrête le fonctionnement du service concédé ? C'est que l'intérêt public est en jeu.

Or l'intérêt public veut que le service continue à être exécuté, d'une manière régulière, « sans interruption, même momentanée, sans à-coups » précise M. Chardenet dans ses conclusions et il insiste sur ce point ; il montre les inconvénients de la déchéance, de la mise sous séquestre, de l'exploitation en régie, de la concession à une autre compagnie ; ces solutions seraient peut-être peu équitables, mais surtout, et c'est là la raison déterminante, elles seraient

contraires à l'intérêt des consommateurs, à l'intérêt public ; la seule mesure qui soit favorable à cet intérêt est la continuation de l'exploitation par la même société ; il importe donc avant tout d'obliger le concessionnaire à n'interrompre « sous aucun prétexte » (Gaz de la Ciotat, 19.2.26) le service dont il est chargé ; qu'il obéisse d'abord, il réclamera ensuite ; l'intérêt général l'exige.

Ainsi, à n'en pas douter, *la considération de l'intérêt public* est à la base des décisions du Conseil d'État (1) ; est-ce à dire qu'elle en constitue le seul fondement ? Non, car *si elle montre l'utilité pratique de la nouvelle théorie, elle ne suffit pas*, pour les motifs suivants, à la justifier juridiquement :

1° elle ferait du Conseil d'État un simple organe de l'Administration, chargé d'apprécier et de défendre les intérêts de celle-ci ; la décision prise serait ainsi une mesure d'opportunité et non un jugement ;

2° le concessionnaire ne pourrait obtenir une indemnité en se basant sur un intérêt qui n'est pas le sien.

La notion d'intérêt public, motif déterminant du Conseil d'État dans sa jurisprudence, ne peut en constituer le fondement direct.

Mais supposons que des circonstances imprévues, sinon imprévisibles, viennent bouleverser l'économie du contrat ; son exécution cause au concessionnaire des pertes de plus en plus lourdes ; il va se ruiner, il ne pourra plus assurer l'exécution du service ; le but cherché ne sera pas atteint. Pour que le service continue à être assuré par le même concessionnaire, comme l'exige l'intérêt public, il faut que l'Administration prenne à sa charge une partie des aléas anormaux. Elle va donc reconnaître que les concessionnaires ne doivent pas les supporter *intégralement* ; c'est là une faculté qu'elle leur concède, une compensation qu'elle leur reconnaît, un droit exorbitant qu'elle leur accorde en contre-partie des devoirs exorbitants qu'elle leur impose. L'impossibilité de résilier les contrats de concession a pour rançon le droit d'en obtenir la révision.

Ainsi, l'intérêt public est le motif qui a conduit le Conseil d'État à sa jurisprudence de l'imprévision (2) ; il oblige l'Administration à reviser les contrats, pour empêcher l'arrêt des services concédés ; il la contraint à reconnaître au concédant le droit à la révision, en

(1) Note S. 1926.3.17.

(2) Conclusions de M. Josse, C. E., 28.3.30, Midi, D. P. 30.3.28.

contre-partie du droit qu'a l'Administration d'exiger dans tous les cas la continuation du service ; l'un et l'autre tiennent à la nature spéciale du contrat de concession ; mais, s'il est le motif de la théorie, l'intérêt public, répétons-le, ne saurait en constituer le fondement juridique.

1^o *Le gain normal* — On a aussi voulu justifier l'imprévision en disant que le concessionnaire doit réaliser un gain normal.

Entendons-nous bien à ce sujet : il ne s'agit pas là d'un principe général tiré de la doctrine canoniste du *justum pretium*, ou reposant sur une idée morale telle que l'abus du droit ou l'injuste exploitation du débiteur par le créancier (2) : le principe général du gain normal, reposant sur des considérations religieuses ou morales, n'a jamais été admis par la jurisprudence contemporaine, civile ou administrative ; ici encore, il faut renoncer à trouver une théorie applicable à tous les contrats, et même à tous les contrats administratifs ; il ne faut voir qu'une caractéristique spéciale aux marchés de concessions.

Si le contrat de concession est commutatif, au sens juridique du terme, il comporte cependant un certain élément aléatoire ; l'arrêt du gaz de Bordeaux le proclame formellement : « La variation du prix des matières premières, à raison des circonstances économiques, dit-il, constitue un aléa du marché qui peut, suivant le cas, être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a faits avant de s'engager ».

Dans les marchés ordinaires, l'industriel ou le commerçant dont les prévisions ont été déjouées subit une perte sur le contrat correspondant, mais cette perte est normalement noyée dans les gains qu'il réalise sur tous ses autres marchés ; ou, s'il perd sur tous, la responsabilité en incombe à ce qu'on appelle la malchance, c'est-à-dire à une crise économique générale, à la survenance d'événements défavorables, à son imprévoyance ; en tous cas, sa ruine n'est pas imputable à un marché particulier, elle résulte d'une somme de pertes sur de nombreux marchés, on ne peut en rejeter la res-

(2) Ripert, *La règle morale*, p. 157.

ponsabilité sur un contrat déterminé. Au contraire, le concessionnaire du gaz assure généralement l'éclairage et le chauffage d'une seule localité ; un contrat unique règle les conditions de toute son industrie ; si son exploitation est déficitaire, il ne peut se rattraper par ailleurs ; la responsabilité de sa ruine est facile à localiser, c'est au contrat de concession seul qu'il faut l'imputer (C. E. 28.11.30, Ménerville, R., p. 996).

Certaines sociétés ont parfois la concession du gaz dans plusieurs communes, mais le nombre de celles-ci est toujours limité et les divers contrats sont souvent identiques ; refuser la révision de l'un d'eux consoliderait le déficit pour tous et pourrait entraîner la ruine de la compagnie ; on se rapproche donc beaucoup du cas précédent.

D'autre part, si tout industriel ou commerçant a pour but de réaliser un gain, il peut généralement supporter une perte sur une affaire particulière qui, dans le temps, ne représente qu'un court moment de ses affaires ; l'expérience lui servira, il prendra plus de précautions la fois suivante ; au contraire, le concessionnaire, lié pour 20 ou 30 ans, ne pourra pas se rattraper à l'expiration de ce délai, car il y aura longtemps que, ruiné, il aura dû cesser son exploitation.

On est donc conduit à assurer au concessionnaire un gain normal.

De fait, le Conseil d'État était entré résolument dans cette voie avant la guerre : M. Léon Blum faisait du contrat de concession une « équation financière » (conclusions sous l'arrêt du 11.3.10, R., p. 216) ; divers arrêts emploient formellement les mots *rémunération normale* (3.4.08, R., p. 335), *exploitation normale et rémunératrice* (21.7.11, R., p. 856), *bénéfice normal* (7.3.13, R., p. 325)

Remarquons cependant que ce gain normal n'est assuré qu'au concessionnaire diligent : celui qui a commis des fautes de gestion doit en supporter les conséquences, il ne saurait être question de lui assurer un gain qu'il n'a pas mérité ; ainsi, nous l'avons vu, le Conseil d'État déduit des charges extraordinaires le déficit que l'on pouvait normalement prévoir étant donné l'organisation de l'entreprise.

La reconnaissance d'un gain normal au concessionnaire diligent est d'ailleurs conforme à l'intérêt public : car, à son défaut, le concessionnaire se découragerait rapidement et le service cesserait encore d'être assuré ; d'autre part, instruits par de tels exemples, et

craignant de tels risques, les concessionnaires ne renouvelleraient plus leurs contrats à expiration, il ne se présenterait pas de nouveaux candidats et l'Administration serait très embarrassée. Son intérêt est donc de ne pas écraser le concessionnaire, mais de le ménager comme un collaborateur (1).

Mais le gain, dont le minimum est assuré, ne saurait être illimité : le service public doit « payer » ; il doit être rémunérateur mais non véritablement lucratif (2) ; le bénéfice est limité dans les deux sens : la considération du gain normal, variant entre un minimum et un maximum, est dans tous les cas favorable à la « préservation des finances publiques » (3).

Si le concessionnaire ne risque pas la ruine — c'est le cas d'un grand réseau de chemin de fer qui fait aussitôt appel au fonds commun —, la théorie de l'imprévision ne peut s'appliquer (4).

Ainsi, faire reposer l'imprévision sur un gain normal assuré au concessionnaire diligent, ce n'est nullement invoquer un principe général, c'est appliquer au contrat de concession une idée qui lui est tout à fait particulière et qui s'explique par des motifs d'intérêt public.

Mais la considération du gain normal ne peut justifier la jurisprudence du Conseil d'Etat, car elle conduirait à assurer au fournisseur un bénéfice en cas d'imprévision ; or, non seulement l'imprévision ne lui laisse aucun bénéfice, mais elle ne supprime même pas sa perte, elle ne fait que l'atténuer ; loin d'attribuer au fournisseur un gain normal, elle laisse à sa charge un déficit normal.

Autrement dit, la nécessité d'assurer au concessionnaire une rémunération équitable explique que l'intangibilité des contrats puisse fléchir en ce qui concerne les concessions : elle ne justifie pas les modalités adoptées par le Conseil d'Etat pour l'application de ce principe ; elle ne peut donc servir de base à la jurisprudence dite de l'imprévision.

5. Conclusion : la jurisprudence prétorienne dite de l'imprévision

(1) V. Hauriou, note S. 1916.3.17 ; — Radouant, *op. cit.*, p. 82.

(2) Sur la conciliation des exigences du service public et de l'esprit de lucre par la concession, v. Mestre, note sous Req. 18.4.10, Rec. Sirey 1911.1.33 ; — Note ss C. E. 30.11.28 et 29.1.32, D. P. 1932.3.63.

(3) Même note, D. P. 1932.3.64.

(4) Concl. de M. Josse sous Min. Trav. publ., 28.3.30, R. D. P., 1930, p. 728.

ne dérive d'aucune théorie générale. — Ainsi donc, nous n'avons retenu que trois idées pouvant expliquer, sur quelques points particuliers, la jurisprudence de l'imprévision :

- 1^o l'intérêt public exige que le service ne soit pas interrompu ;
- 2^o cette obligation exorbitante imposée au concessionnaire entraîne forcément l'Administration à prendre à sa charge une part des aléas anormaux ;
- 3^o le contrat de concession suppose qu'une rémunération équitable est assurée au concessionnaire diligent.

Mais aucune de ces idées ne justifie complètement la jurisprudence du Conseil d'État : elles en expliquent certains aspects, elles sont en contradiction avec d'autres.

D'ailleurs, les deuxième et troisième propositions ci-dessus ne peuvent-elles se ramener à une seule : le contrat de concession est soumis à des règles spéciales, exorbitantes du droit commun et qui tiennent à sa nature même ; ces règles, qui justifient la doctrine de l'imprévision, sont sous-entendues dans le contrat, elles constituent de véritables clauses tacites ; ainsi l'imprévision a un fondement contractuel ?

Mais une pareille affirmation serait contraire à la construction juridique sur laquelle le Conseil d'État a basé toute sa jurisprudence, à savoir la situation extracontractuelle : le contrat tombe pendant tout le temps que dure cette situation ; et M. Riboulet, affirmant ce fait dans ses célèbres conclusions sous l'arrêt « gaz de Nice » (27.6.19, R., p. 571), précise que l'on se trouve « en dehors du contrat », « à côté du contrat » ; la situation extracontractuelle est une superstructure du contrat, complètement isolée de celui-ci et c'est pourquoi l'indemnité allouée ne tient compte ni des bénéfices réalisés quand le contrat était en vigueur ni des bénéfices à prévoir quand le contrat jouera de nouveau.

Il n'est pas possible de donner un fondement contractuel à la jurisprudence du Conseil d'État, dont tous les arrêts se réfèrent à des « conditions extracontractuelles ».

Lui non plus et pour les motifs que nous avons exposés, l'intérêt public ne peut être considéré comme un fondement juridique de l'imprévision, mais comme une simple explication de sa raison d'être, comme une justification de sa nécessité.

Ainsi, la « théorie de l'imprévision » ne découle d'aucun principe

général, elle ne repose sur aucun fondement juridique ; aucun article du Code ne la justifie, elle ne peut se baser sur aucun précédent de la jurisprudence civile ou administrative.

C'est une ingénieuse construction échafaudée par le Conseil d'État pour justifier une solution qu'imposaient des motifs d'intérêt public spéciaux aux contrats de concessions ; elle a entraîné une jurisprudence essentiellement prétorienne.

f) La jurisprudence de l'imprévision est-elle cohérente, équitable, utile, éternelle, immuable ?

A sa naissance, la jurisprudence de l'imprévision, qui réglait de façon élégante un problème délicat, a été généralement accueillie par la doctrine avec faveur, parfois même avec enthousiasme ; mais, en vieillissant, elle s'est fait quelques ennemis, ou tout au moins de durs censeurs. Dès 1920, M. Hauriou, qui y avait adhéré en 1916, lui a adressé de vives et fortes critiques ; la vigoureuse thèse de M. Jacquemard (1) a ramassé en faisceau tous les reproches qu'elle peut susciter

Et tout d'abord, cette jurisprudence est-elle cohérente ? Dans leurs conclusions, les commissaires du Gouvernement se sont efforcé d'en faire un échafaudage solide et d'établir une règle générale d'où découleraient naturellement des conséquences logiques ; ils y sont parvenus en grande partie, et l'imprévision présente une apparence de construction jurisprudentielle imposante et rigoureusement coordonnée ; mais, en la disséquant, on y rencontre des contradictions ; par exemple, la conception de la « situation extracontractuelle » a été vivement attaquée par certains auteurs ; en particulier M. Hauriou, qui l'appelle « une vue arbitraire de l'esprit, dangereuse comme tout ce qui est artificiel », en a fait une critique très serrée (2) ; invoquée pour justifier les conséquences pratiques que le Conseil d'État voulait en tirer, à savoir la non-compensation des pertes et des bénéfices passés ou futurs, elle aboutit à bien des contradictions ; car, si le contrat n'existe plus, comment obliger le concessionnaire à assurer encore le service ? Comment le forcer à supporter une part de la charge anormale ? Et puis, si les bénéfices passés

(1) Alger, 1928.

(2) Note sous C. E., 27.6.19, Nice, S. 1920.3.25.

ne doivent pas entrer en ligne de compte, il devrait en être de même des déficits passés ; or ceux-ci interviennent dans la détermination de la charge contractuelle ; de même, « la capacité de résistance du contrat aux aléas de l'entreprise », invoquée par M. Riboulet dans ses conclusions sur l'affaire du gaz de Nice (C. E., 27.6.19, R., p. 571 ; voir également 28.11.30, Ménerville, R., p. 997) est une idée juste, conforme à la nécessité de secourir le concessionnaire, mais en opposition complète avec la conception d'une situation extracontractuelle. Enfin, nous avons vu que la notion d'imprévision conduisait déjà par elle-même à des résultats contradictoires.

En réalité, *le Conseil d'Etat a examiné la question en administrateur ; il a déterminé les solutions pratiques qu'il jugeait équitables si possible, mais en tous cas utiles et conformes à l'intérêt public ; puis il a cherché à les justifier en édifiant une théorie dont elles seraient les conséquences logiques ; mais sa construction jurisprudentielle est plus élégante que solide, plus ingénieuse que cohérente.*

Certains auteurs ont également contesté l'équité et l'utilité de la jurisprudence sur l'imprévision : par exemple, dit-on, la notion de situation extracontractuelle devrait être abandonnée parce qu'illogique et conduisant à des résultats iniques ; au contraire, la notion de « capacité de résistance du contrat » devrait être poussée à ses dernières conséquences ; les gains passés et futurs devraient entrer en ligne de compte (1) ; le contrat est à considérer dans son ensemble ; et si l'exploitation, déficitaire de 1914 à 1918, est largement bénéficiaire de 1918 à 1922 par exemple, quelle raison y a-t-il de verser au concessionnaire une indemnité supplémentaire ? M. Jacquemard (2) cite des chiffres pour montrer que de pareilles critiques ne sont nullement théoriques et qu'en réalité les compagnies concessionnaires, garanties de tous risques, ont réalisé des bénéfices considérables ; il en conclut que le régime découlant de l'imprévision est « antijuridique, antiéconomique et antisocial ». De même M. Jèze estime que la solution la plus équitable aurait été, non pas l'indemnité définitive, mais l'avance remboursable (3).

(1) Conclusions de M. Chardenet sous gaz Bordeaux et de M. Corneille sous ville de Cette, 16.1.20.

(2) P. 210 et suiv.

(3) R. D. P., 1932, p. 311.

Nous n'avons pas à prendre parti dans cette controverse, qui est étrangère à notre sujet ; nous en parlons seulement pour montrer que l'équité de la théorie est fort discutée.

Également discutée est l'utilité pratique de cette jurisprudence : elle aurait placé les communes en état d'infériorité très nette devant les puissants « fermiers généraux du gaz et de l'électricité » ; ceux-ci auraient utilisé l'arrêt du gaz de Bordeaux pour intimider les municipalités et auraient commis de véritables abus (1) ; les décisions du Conseil d'État auraient désorganisé les finances municipales ; et finalement le public usager aurait été sacrifié dans tous les cas ; etc, etc.

Ces critiques sont peut-être trop sévères ; la jurisprudence du Conseil d'État a réglé une question épineuse de façon, en somme, assez satisfaisante et il serait facile de décrire abondamment les défauts qu'aurait présentés une jurisprudence en sens inverse et les conséquences défavorables qu'elle aurait entraînées.

Il est cependant certain que le Conseil d'État a parfois été trop loin dans sa jurisprudence : il a permis aux usines hydroélectriques, qui sont probablement les entreprises ayant le moins souffert de la crise, d'obtenir des indemnités pour des pertes très faibles ou inexistantes (C. E. 29.2.24, Forces motrices de la Loue ; 28.3.24, Haut Grésivaudan, R., p. 1218) ; il a admis l'imprévision dans les avenants signés après la guerre, alors qu'il y avait surtout là imprévoyance ; il a révisé les marchés de travaux publics où cependant l'article 33 prévoyait déjà l'imprévision ; il a ainsi substitué sa décision à l'intention clairement manifestée des parties.

Ce dernier cas montre d'ailleurs un des grands dangers de la jurisprudence du Conseil d'État : la théorie de l'imprévision, nous l'avons vu, est très mal nommée car d'une part elle n'est pas une théorie générale mais une simple jurisprudence limitée à un cas particulier, d'autre part elle ne se base nullement sur l'imprévision, puisqu'elle accorde des indemnités pour des événements prévisibles, et même parfois expressément prévus ; mais, à force de parler de la théorie de l'imprévision, on finit par s'imaginer qu'il s'agit bien d'un grand principe général, autorisant la juridiction admi-

(1) Doc. Parl., Chambre, 1916, annexe 2.300 ; — Sirey, 1916.2.36 ; — S. 1916.3.20 ; — Doc. Parl., Chambre, 1921, p. 5431 ; — Appleton, articles du *Progrès civique* ; — Jacquemard, *op. cit.*, p. 174 et suiv.

nistrative à réviser tous les contrats ; d'où des généralisations abusives qui peuvent être très dangereuses pour la sécurité des rapports contractuels.

Le Conseil d'État s'en est rendu compte ; plusieurs fois déjà, il a « freiné », il a rendu plus sévère sa jurisprudence, par exemple en introduisant le critérium de l'exploitation normale ou en devenant plus difficile sur les conditions de l'imprévisibilité ; après avoir freiné, puis arrêté, il a plutôt tendance à faire machine en arrière.

Cette évolution, qui peut fort bien s'intensifier, nous paraît nettement commencée par le récent *arrêt des tramways de Cherbourg* (9.12.32, R. D. P., 1933, p. 117 et suiv.) dont on ne saurait méconnaître la très grande importance.

Le problème résolu par cet arrêt se posait de la façon suivante : « imaginée pour franchir une période critique, momentanée..., la théorie de l'imprévision n'est qu'un pont, un *modus vivendi provisoire* » (1) ; nous en avons signalé déjà le caractère essentiellement temporaire, affirmé par tous les arrêts du Conseil d'État ; il ne semblait pas devoir soulever de difficulté spéciale car, comme tout le monde, la Haute Assemblée estimait que la vague de hausse durerait peu ; l'imprévision tomberait donc dans l'oubli, lors du retour aux prix d'avant guerre ; mais les difficultés temporaires étant devenues permanentes par suite de circonstances diverses (dévaluation légale de la monnaie, aggravation des charges fiscales et sociales, trouble prolongé résultant des suites de la guerre, etc.), le besoin d'une solution nouvelle se faisait sentir depuis longtemps (2) ; cependant le Conseil d'État n'avait eu qu'accessoirement à l'envisager, pour dire d'ailleurs que la stabilisation des conditions économiques, si elle pouvait modifier la répartition de la charge extra-contractuelle, n'en excluait pas nécessairement le principe (v. ci-dessus, c, 5) ; c'était encore et par là même reconnaître que *la théorie n'était acceptable que pour une situation temporaire* ; car l'imprévision laissait toujours une partie du déficit au concessionnaire ; or une entreprise commerciale ne peut vivre indéfiniment en défi-

(1) Jèze, R. D. P., 1932, p. 321.

(2) Concl. de M. Riboulet sous gaz de Nice, 27.6.19, R., p. 574 ; — Jèze, R. D. P., 1920, p. 79 et R. D. P., 1932, p. 317 à 323 ; — Alibert, *L'imprévision*, 1926, p. 27 et suiv.

cit (1) ; il fallait donc imaginer autre chose (2) ; le Conseil d'État y a été contraint quand il a dû examiner, avec cinq ans et demi de retard, les arrêts du Conseil de préfecture relatifs à la concession des tramways de Cherbourg ; ses longues réflexions s'expliquent par l'importance du problème à traiter et la difficulté de lui donner une solution compatible avec toute la jurisprudence antérieure : le déséquilibre de la concession était en effet devenu définitif ; la Ville avait donné à la Compagnie carte blanche pour augmenter les tarifs ; mais ceux-ci, après huit majorations successives, avaient atteint leur plafond ; les usagers ne prenaient plus le tramway devenu trop cher ; de nouvelles majorations n'auraient fait qu'accroître le déficit, la concession ne pouvait plus être « payante ».

Le Conseil d'État était bien embarrassé :

il ne pouvait exiger l'application pure et simple du contrat sans arrêter le service et, par une contradiction flagrante avec toute sa jurisprudence antérieure, sans nier formellement la théorie de l'imprévision, un déficit permanent étant plus grave qu'un déficit temporaire ;

il ne pouvait appliquer la théorie de l'imprévision sans consolider le déficit, ruiner la compagnie et, par ce moyen encore, arrêter le service ;

il ne pouvait rien réclamer ni aux usagers qui préféraient marcher à pied, ni aux contribuables qui, par la bouche du maire, considéraient le tramway comme une simple commodité, mais non comme une nécessité.

Une seule solution lui restait : *résilier le contrat* ; il annonce qu'il l'adoptera si l'expertise prescrite par lui révèle l'impossibilité définitive d'augmenter les tarifs.

Mais sur quoi baser la résiliation ? Sur la force majeure, dit le Conseil d'État ; et précisément, en étudiant la force majeure, nous avons conclu que les conditions juridiques en étaient réunies dans un seul cas, pour le fournisseur que nous envisagions, à savoir quand sa ruine immédiate résulterait du maintien intégral du contrat. Sur la nécessité d'une collaboration loyale entre concédant et concessionnaire, ajoute M. Josse. Sur la disparition d'un élément du

(1) Concl. de M. Josse, R. D. P., 1933, p. 125 et 126.

(2) Jèze, R. D. P., 1932, p. 322.

contrat considéré comme essentiel par les parties, préfère M. Jèze (1). Tous ces motifs nous paraissent contenir une part de vérité ; nous ne les examinerons pas en détail, car ils sont spéciaux au marché de concession et la situation qu'ils envisagent ne se rencontre que tout à fait exceptionnellement dans le marché de fournitures.

Ce qui nous intéresse ici, c'est surtout le coup porté à l'imprévision par la nouvelle théorie ; elle en adopte bien certains prétendus fondements, mais elle tire de ceux-ci des conséquences plus logiques ; ainsi la commune intention des parties et la force majeure, qui ne pouvaient expliquer l'imprévision, sont au contraire susceptibles d'entraîner la résiliation ; l'égalité est rétablie entre les contractants, puisqu'à l'inverse de l'imprévision la faculté de demander la résiliation est bilatérale ; le concept si contradictoire de la « situation extracontractuelle » disparaît ; enfin les considérations subjectives sur la prévisibilité des parties font place à des considérations objectives, beaucoup plus précises et moins discutables, sur le déficit.

Certes, la permanence des difficultés reste difficile à évaluer ; l'affaire des tramways de Cherbourg n'a eu un début de solution qu'au bout de 10 ans et reviendra probablement devant le Conseil d'État dans quelques années, après décision des experts ; on ne peut pourtant exiger un tel recul pour le règlement de toutes les affaires et la solution ne serait pas très brillante de prolonger régulièrement pendant 15 ans une situation jugée intenable, afin d'y mettre un terme par la lassitude universelle. Et, d'autre part, comment apprécier le caractère « définitif » du déséquilibre ? Un retournement de la situation reste le plus souvent possible, même si sa probabilité est très faible.

Il semble donc que le Conseil d'État sera naturellement conduit à assouplir ses conceptions sur la permanence des difficultés et à étendre quelque peu les cas de résiliation, au détriment des cas d'imprévision.

Mais pourrait-il ainsi atteindre les deux principaux buts qu'il se proposait en construisant l'imprévision, à savoir assurer au concessionnaire un gain normal et satisfaire à l'intérêt public ?

Tout d'abord, la considération du gain normal explique que

(1) R. D. P., 1933, p. 120.

l'absence de cet élément essentiel puisse entraîner la résiliation du contrat ; elle expliquait beaucoup moins l'imputation au fournisseur d'un déficit normal.

Comment, par contre, concilier l'intérêt public avec la résiliation ? C'est facile quand tout le monde, y compris le maire, représentant de la collectivité, déclare que l'intérêt du public n'exige pas la continuation du service — c'était le cas pour les tramways de Cherbourg. Mais si cette continuation est indispensable, comme c'est le cas général pour les concessions gazières et électriques, n'est-il pas quelque peu paradoxal de soutenir qu'en résiliant le marché, on satisfait à l'intérêt public ?

Non pas, explique M. Josse, commissaire du gouvernement ; car la résolution n'est pas la cessation du service ; c'est un moyen employé par le juge, qui ne peut refaire le contrat, de pousser les parties à signer un avenant, à conclure un nouvel accord amiable qui adaptera la convention aux circonstances ; c'est un procédé susceptible de rendre « payant » le service, par exemple, continue M. Josse, en réglementant les transports concurrents, sinon même en donnant à la Compagnie des tramways le monopole du transport par autobus ; et il cite certaines mesures qui seraient aussi, le cas échéant, applicables aux concessions d'éclairage : protection du concessionnaire, aide du concédant, assouplissement de la convention, modifications au cahier des charges, octroi de compensations à la Compagnie et par exemple d'un autre monopole, etc.

Si la jurisprudence des tramways de Cherbourg avait été appliquée pendant la guerre, elle n'aurait probablement jamais occasionné la cessation du service ; qu'aurait en effet pu faire la commune, menacée de résiliation ? Passer un avenant avec le concessionnaire, en lui accordant des avantages nouveaux ; exploiter en régie jusqu'à stabilisation des conditions économiques ; au besoin, faire réquisitionner pendant la guerre le concours du personnel ; ou, exceptionnellement, trouver un nouveau concessionnaire. Il serait un peu vain de rechercher si ces diverses solutions auraient finalement été plus ou moins onéreuses pour la commune que la jurisprudence du gaz de Bordeaux, dont la première d'entre elles, et la plus probable, se rapproche d'ailleurs assez sensiblement ; quoi qu'il en soit, elles n'auraient pas arrêté le service.

Il semble donc bien que l'intérêt public puisse être sauvegardé

par l'une comme par l'autre jurisprudence ; en tous cas, avec l'imprévision, il était devenu — fait assez paradoxal — une machine de guerre montée par des intérêts particuliers contre la collectivité elle-même ; avec la nouvelle jurisprudence, la commune peut elle aussi l'invoquer — et cela est assez naturel — si elle estime que la continuation du service ne vaut pas les sacrifices nécessaires pour l'assurer.

Mais résilier les contrats n'est-il pas plus attentatoire à leur sainteté que de simplement les suspendre ? Ce n'est pas évident ; car le Droit a toujours admis qu'un contrat pouvait être résolu, dans certains cas (pour les contrats à exécution successive, la résiliation équivaut à la résolution) (1) ; mais il est choquant de confier à des juges, ou à des experts nommés par les juges, la modification d'un contrat dont la validité n'est pas mise en cause ; d'ailleurs la résiliation prévue n'est nullement pure et simple, mais « avec indemnité et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire » ; loin de se placer en dehors du contrat, comme l'imprévision, elle le respecte donc et peut s'assouplir autant qu'il est désirable pour tenir compte de tous les droits acquis ; d'autre part, la résiliation devra être bien plus strictement délimitée que l'imprévision, elle restera exceptionnelle, bornée aux seuls cas de force majeure ou à peine plus étendue ; et, dans ces cas eux-mêmes, sa seule menace suffira le plus souvent à réaliser l'accord des parties. Enfin, elle est moins susceptible d'extension abusive que l'imprévision et, sauf cas exceptionnels, restera limitée aux seuls marchés de concession,

*Ce serait, selon nous, sous estimer l'importance de la jurisprudence des tramways de Cherbourg que d'en faire un simple complément de celle du gaz de Bordeaux, comme si la première n'avait fait que régler un cas prévu mais non encore résolu par son aînée ; nous ne voulons pas affirmer que l'une tuera l'autre, mais il semble tout au moins que l'arrêt du 9 décembre 1932 doive, par ses développements, avoir des répercussions importantes sur la théorie née en 1916 ; dès maintenant d'ailleurs, il en a bousculé un des principes fondamentaux, l'exclusion du *lucrum cessans* ; en effet, traitant accessoirement un cas d'imprévision, il tient compte du prélèvement*

(1) Planiol et Ripert, *Traité élém.*, 11^e éd., 1320.

pour la réserve légale, qui suppose l'existence de bénéfices nets.

La jurisprudence du Conseil d'État sur l'imprévision ne peut donc être considérée ni comme éternelle ni comme immuable; elle a été une mesure de circonstance, destinée à régler une situation exceptionnelle; elle a ainsi rendu des services signalés; mais elle a aussi entraîné des inconvénients certains, qui deviennent plus apparents au fur et à mesure que la guerre s'éloigne; elle incite les particuliers à des généralisations abusives; invoquée à tout propos et hors de propos, elle tend à diminuer le respect pour la sainteté des contrats; de plus en plus, les particuliers contractent des obligations à la légère, puis les répudient sous prétexte qu'ils n'en avaient pas prévu les conséquences: par ailleurs les États les imitent, réduisent, suspendent ou refusent le paiement de leurs dettes, gèlent leurs crédits, dévalorisent leur monnaie ou font banqueroute.

« Ne sont-ce pas, dit M. le doyen Allix, (1) les légistes, comme on disait autrefois, qui, par un patient travail, se sont attachés à détruire ce qu'ils appelaient la superstition du texte littéral, pour la remplacer par une superstition bien pire: la superstition du juge? La théorie de l'abus du droit, celle de l'imprévision dans les contrats, les conceptions nouvelles sur le rôle de l'interprète en matière juridique sont venues amoindrir l'autorité et la vertu contraignante du texte écrit, pendant que, d'autre part, la propriété tout court était mise en conflit, par des juristes bourgeois aussi bien intentionnés que maladroits, avec tant de formes de propriété à épithètes diverses qu'il risque de ne plus rien rester bientôt au propriétaire de sa propriété ».

Il est grand temps d'arrêter « le fléchissement de la notion d'obligation, que l'on constate aujourd'hui dans tous les pays et dans tous les domaines » (2). Pour y arriver, il convient peut-être de renoncer à une jurisprudence dont la cohérence n'est pas absolue, dont l'équité et l'utilité sont sujets à discussion; il ne faut en tout cas, nous le répétons, la considérer ni comme éternelle ni comme immuable.

Et surtout il faut bien se garder d'en faire un principe général

(1) *Sans-Fil*, 3.2.32.

(2) *Ibid.*

de droit et même un principe général de droit public ; *solution de circonstance, motivée par une situation sans précédent*, remède exceptionnel à un état de choses exceptionnel, *elle ne dérive d'aucune théorie et ne saurait légitimer aucune théorie générale* : motivée par l'intérêt public, qu'elle a cru bien défendre et qu'en fait elle a souvent bien défendu, elle n'est qu'une simple mesure d'opportunité dont les applications se limitent dans le temps à la seule guerre de 1914-1918 et, pendant cette période, aux seuls contrats de concession.

Même ainsi limitée dans le temps et dans l'espace, elle risque d'être, sinon abandonnée, du moins quelque peu délaissée par l'auteur de ses jours.

Tout essai de généralisation, d'extension ou de simple systématisation, profondément dangereux pour la sécurité dans les rapports contractuels, serait maintenant moins indiqué que jamais.

Cependant de tels essais ont souvent été tentés dans la période héroïque de l'imprévision.

g) Les extensions abusives données par le Conseil d'Etat à sa jurisprudence dans la période héroïque de l'imprévision

Les conclusions de M. Chardenet avaient spécifié qu'elles s'appliquaient uniquement aux traités de concession, c'est-à-dire aux marchés administratifs dans lesquels le fournisseur est rémunéré, non par l'Administration, mais par les usagers ; il exposait en particulier que le concessionnaire avait « le droit » de conserver la concession jusqu'au terme fixé par le contrat, parce qu'il ne peut amortir qu'au bout de longues années les importantes dépenses engagées par lui ; et que, d'autre part, « il n'assurerait le service public que sous la surveillance de l'Administration et sous son contrôle, mais non pas sous son autorité absolue ». Ces caractères ne se rencontraient pas dans le simple marché de fournitures ; la plupart des autres motifs donnés par M. Chardenet étaient aussi inapplicables à ce dernier. Il semblait donc que l'arrêt du 30 mars 1916 ne dût entraîner aucune conséquence relativement aux marchés de fournitures ; c'est ce qu'affirma d'ailleurs le ministre des Finances dans une circulaire du 27 juin 1916 que nous rencontrons ultérieurement : « Quelle que soit, dans cet arrêt, disait-il,

la part des considérants à laquelle on puisse attribuer une portée générale, il serait au moins prématuré de le regarder, dans son ensemble, comme le point de départ d'une jurisprudence entièrement nouvelle, applicable aux marchés administratifs de toute nature ».

Malheureusement, l'arrêt contenait « les considérants de portée générale » dont parle le ministre des Finances ; et ces considérants, qui, basés sur l'imprévision et le bouleversement du contrat, semblaient sous-entendre la clause *rebus sic stantibus* dans la jurisprudence administrative, devaient inciter tous les débiteurs à se réclamer de la nouvelle théorie pour échapper à leurs obligations ; nous verrons plus loin qu'ils n'y ont pas manqué, l'occasion était trop belle.

Ils auraient d'ailleurs eu bien tort de se gêner car le Conseil d'État sembla d'abord leur donner raison ; peut-être un peu ébloui par l'accueil enthousiaste fait à son fameux arrêt de principe, il perdit la mesure qui est une des caractéristiques de cette Haute Assemblée ; il étendit sa jurisprudence à des cas bien différents de celui qu'il avait d'abord résolu : les expressions employées par lui avaient eu un succès tel qu'il les introduisit textuellement dans de nouveaux arrêts relatifs à de toutes autres questions ; et, pris lui-même à ses propres formules, il parut admettre qu'il avait construit une théorie de l'imprévision, applicable à tous les marchés administratifs.

Cette extension résulte principalement de l'arrêt du 8 février 1918, dit « du gaz de Poissy » et des conclusions de M. Corneille, commissaire du gouvernement (1) : aux termes d'un marché passé le 25 janvier 1908, la Société d'éclairage de Poissy s'était engagée à fournir jusqu'au 31 décembre 1917, au prix de 0 fr. 13 le mètre cube, le gaz nécessaire à la maison centrale ; le prix de revient du gaz avait considérablement augmenté ; et, s'appuyant sur les principes établis par l'arrêt du gaz de Bordeaux, la Société demandait une indemnité. Le garde des sceaux répondait que, sous des apparences analogues, les deux affaires présentaient une différence fondamentale puisque l'une concernait une concession et l'autre un

(1) R. D. P., 1918, p. 219.

simple marché de fournitures. M. Corneille combat cette affirmation et soutient que l'arrêt du 30 mars 1916, basé sur l'intérêt public, donne une solution générale, et non spéciale aux marchés de concession ; il emploie quelques arguments que nous avons déjà rejetés : « La théorie de l'imprévision étant tirée de votre jurisprudence en matière de travaux publics, l'appliquer aux simples marchés sera précisément revenir à votre point de départ » ou encore : « Les contrats de la nature de ceux dont il s'agissait dans votre arrêt sont, avant tout, des contrats de bonne foi », ce qui paraît laisser supposer que les autres contrats sont « de mauvaise foi » !

A vrai dire M. Corneille exclut du bénéfice de la nouvelle théorie « les marchés administratifs ordinaires, les marchés de livraison, les marchés consistant dans une livraison accidentelle et unique, où l'État traite comme un simple particulier » ; mais il étend l'imprévision « aux marchés de fournitures continus et multiples passés par l'État », il se base pour cela sur une certaine hiérarchie des services publics ; M. Desjonquères (1) y ajoute une hiérarchie des contrats administratifs entre eux ; quant à M. Corneille lui-même, il modifie profondément sa hiérarchie première et ses conclusions dans l'affaire Fromassol du 3 décembre 1920 (2) n'admettant plus l'imprévision que pour « les marchés de fournitures à longue durée et à fournitures continues et multiples ».

Nous ne nous lancerons pas dans ces diverses classifications, qui nous paraissent bien artificielles « Le fonctionnement d'une prison, dit-on, est d'intérêt public et doit être assuré sans discontinuité ; pour qu'elle fonctionne, il faut que la prison soit éclairée de façon ininterrompue ; or la nécessité d'une exploitation continue requiert la reconnaissance de l'imprévision ». Un tel raisonnement peut aller loin : pour que la prison fonctionne, il faut aussi que les prisonniers soient nourris de façon continue ; donc l'imprévision s'applique à tous les marchés de subsistances passés pour elle ; de façon continue, il faut aux écoles de l'encre et du papier, aux soldats des vêtements, des canons et des munitions, aux routes des pierres, aux chemins de fer du charbon ; donc tous les marchés correspondants, c'est-à-dire tous les marchés administratifs et même tous les marchés passés par les services concédés eux-mêmes, seraient

(1) *Op. cit.*, p. 90.

(2) R. D. P., 1921, p. 73 et suiv.

soumis à la théorie ; seules les fournitures inutiles échapperaient à la règle ; nous admettrons qu'elles sont très rares. La notion de continuité ne suffit pas, elle conduirait à étendre la nouvelle jurisprudence plus que le Conseil d'État n'a jamais songé à le faire.

Ne parlons pas de la notion d'imprévision qui, elle, pourrait être revendiquée par tous les contractants particuliers.

Remarquons simplement qu'*aucune des considérations retenues pour justifier la nouvelle jurisprudence n'est valable dans le cas du gaz de Poissy*

L'intérêt public, avons-nous dit, nécessite la continuité du service ; mais le service n'avait aucune raison de s'arrêter si le fournisseur avait été condamné à exécuter son contrat ; le gaz consommé par la prison ne devait représenter qu'une bien faible part du gaz produit par la Société ; la perte qu'elle pouvait subir sur un contrat malheureux ne risquait aucunement de la ruiner et par conséquent la nécessité de ne pas plonger les prisonniers dans l'obscurité n'entraînait nullement celle de réviser le marché en cours.

De même, la considération du gain normal est applicable pour le concessionnaire dont le traité de concession définit toute l'activité commerciale, elle n'a aucune raison d'être dans le cas présent où il s'agit d'un contrat isolé entre beaucoup d'autres.

L'arrêt du gaz de Poissy nous semble donc tout à fait injustifiable, comme d'ailleurs l'arrêt Compagnie du Bourbonnais (26.3.23, R., p. 317), relatif à l'éclairage de la prison de Riom ; quant à l'arrêt du 21 février 1919 (R., p.194), à supposer même que le sieur Houdry n'ait eu aucune autre entreprise que le chauffage, la ventilation et l'éclairage de la prison de la Santé, il n'aurait certainement pas risqué la ruine si le Conseil d'État lui avait refusé 18.000 francs d'indemnité pour dépenses imprévisibles, alors qu'il venait de contracter un nouveau traité comportant 100.000 francs de majoration annuelle.

Au contraire, le deuxième arrêt dit « des Automobiles Postales » (12.3.20, R., p. 275) nous paraît assimilable à celui du gaz de Bordeaux (nous ne parlons pas du 1^{er} arrêt, en date du 20 juillet 1917, qui, relatif à un changement dans l'étendue des prestations, ne rentre pas dans notre sujet) : il lui est assimilable car la Société, chargée du transport par automobile des dépêches postales dans Paris, bornait

à cela son activité ; si donc son contrat entraînait un résultat déficitaire, elle devait rapidement être conduite à la ruine ; l'intérêt public commandait d'indemniser l'entrepreneur et la nature spéciale de ses occupations supposait la reconnaissance d'une exploitation bénéficiaire, avec un certain gain normal, si l'on admettait ces mêmes conséquences au profit du concessionnaire. De même, le propriétaire d'une usine à gaz, qu'un marché charge d'élever l'eau dans les réservoirs de la ville au moyen de moteurs à gaz (20.6.23, Pillard c/ ville de Conches, R., p. 594), est assimilable à un concessionnaire parce que le service dont il est chargé est un accessoire de sa concession.

Mais, au lieu de prendre comme critérium la nature de l'entreprise, le Conseil d'État a considéré celle du contrat et il s'est ainsi lancé dans une délimitation que les grands principes soulevés par lui ne pouvaient lui permettre de maintenir : il avait d'abord été entraîné par l'analogie apparente des affaires de Bordeaux et de Poissy, dans lesquelles un contrat de longue durée pour la fourniture de gaz était devenu onéreux par suite d'une hausse considérable sur les charbons ; il avait voulu apporter à des cas d'apparente similitude des solutions identiques ; il avait donc adopté les mêmes considérants et en avait tiré les mêmes conséquences, conséquences que nous avons exposées ci-dessus et sur lesquelles nous ne reviendrons pas ; en réalité, les deux cas étaient essentiellement différents ; il était très dangereux de les assimiler et l'on risquait ainsi une extension illimitée de la jurisprudence.

Pendant la période héroïque de l'imprévision, le Conseil d'État a pu, par moments, songer à cette extension illimitée ; il a pu concevoir « que le bouleversement profond introduit par les hostilités dans la valeur de l'argent et dans les rapports du capital et du travail conduirait à une sorte de révision spontanée des contrats privés ou publics ; qu'il y aurait là des éléments nouveaux que le juge, le moment venu, ne devrait pas négliger » (C.E., 27.6.19, Nice, R., p. 571 et conclusions de M. Riboulet)

Le Conseil d'État s'est laissé prendre à ses propres expressions, dont l'exactitude n'était pas toujours absolue : imprévision, bouleversement du contrat, situation extracontractuelle ; il a failli en faire des principes généraux, ce qui aurait eu des conséquences incalculables ; heureusement, il s'est aperçu à temps de l'erreur qu'il allait commettre et a ensuite vigoureusement réagi.

*h) La théorie de l'imprévision et les marchés administratifs
autres que les contrats de concession*

A première vue, les trois cas précédents, relatifs à l'éclairage des prisons de Poissy, de Riom et de la Santé, ressemblaient fort à tous les problèmes d'éclairage pour lesquels le Conseil d'État avait créé sa théorie ; malgré la différence fondamentale des conditions, l'analogie des apparences a entraîné celle des solutions. Laissant de côté ces exemples très particuliers, nous devons maintenant rechercher si la théorie de l'imprévision s'étend aux marchés administratifs autres que les marchés de concession.

Nous examinerons d'abord la question au point de vue des principes ; nous chercherons ensuite quelle est la jurisprudence du Conseil d'État pour les divers marchés administratifs.

1. *La question de principe.* — Si l'on admet la théorie de l'imprévision, il n'y a pas de raison pour la limiter aux seuls marchés de concession.

M. Corneille l'affirme dans ses conclusions relatives au gaz de Poissy ; « le fait qu'il y a concession, dit-il, c'est-à-dire rémunération par les usagers mêmes, ne change pas la nature du service public concédé » ; il cite à ce sujet M. Jèze (1) ; et, basant l'imprévision sur la notion de service public, il l'étend à tous les marchés dits « de service public ».

Mais il passe de cette notion à celle de l'imprévision par l'intermédiaire de la continuité nécessaire du service ; or tous les services ne supposent pas la même continuité, un classement peut être fait entre eux à ce sujet : ainsi une prison ou un bureau de poste fonctionnent toute l'année, une école ou un tribunal ferment plusieurs mois par an ; ce classement n'a absolument rien à voir avec celui des marchés administratifs en concessions et marchés autres que les concessions : priver de gaz en 1916 les prisonniers de Poissy et même les habitants de Bordeaux eut été beaucoup moins grave que faire manquer les soldats de pain pendant un jour ou de munitions pendant une heure.

(1) *Principes généraux de droit administratif*, p. 284.

Mais, dira-t-on, ce qui importe, ce n'est pas tant la valeur de la prestation que la possibilité de la remplacer par une autre ; or, si une usine à gaz cesse de fonctionner, la commune ne peut faire appel à une autre usine, tandis qu'un fournisseur de viande viendra facilement remplacer le défaillant. C'est entendu, mais le prisonnier de la Santé pourra s'éclairer avec des bougies tandis que l'aviateur ne pourra, jusqu'à nouvel ordre, remplacer l'essence par un succédané convenable ; et toutes les ressources de la nation en fait de tours à obus étaient mobilisées à un point tel qu'il eut été impossible de suppléer à une défaillance.

Donc, en se basant sur l'intérêt public et la continuité, l'imprévision serait plus justifiée dans de nombreux marchés de fournitures que dans les marchés de concession.

Si maintenant nous nous plaçons au point de vue de l'imprévision proprement dite, deux critères sont à considérer : la date du marché et sa durée ; pour la date, un marché terminé avant 1914 ne comportera aucun motif de révision, mais un marché d'après-guerre en comportera comme un marché de guerre et rien ne distingue à ce sujet les concessions des autres marchés ; d'autre part, il est certain que les événements à venir pendant le cours d'un marché sont d'autant plus imprévisibles que la durée de ce marché est plus grande ; et si, à ce point de vue, les concessions s'étendent généralement sur une période beaucoup plus longue que les marchés de fournitures, ce n'est pas là une règle générale ; certains marchés prévoient des livraisons réparties sur un grand nombre d'années ; au contraire, le Conseil d'État a parfois reconnu le bénéfice de l'imprévision à des concessions qui n'avaient plus que quelques mois à vivre. Donc, ici encore, une classification ne séparerait pas les marchés de concession des autres marchés administratifs.

Il reste le critérium que nous avons retenu, celui du gain normal associé à la capacité de résistance : l'imprévision serait reconnue si l'exécution du contrat risquait d'entraîner la ruine de la société et par suite d'amener de graves perturbations dans un service public important ; pour la même raison, un gain normal serait assuré au cocontractant de l'État si le marché passé par lui avec l'Administration représentait la presque totalité de ses affaires. A ce point de vue, la grande majorité des concessions serait justifiable de l'imprévision : pourtant, en seraient exceptées les grandes sociétés

à usines multiples qui pourraient compenser quelques concessions déficitaires par d'autres bénéficiaires ; pour ces grandes sociétés, l'imprévision ne pourrait jouer éventuellement que sur l'ensemble de leurs concessions et non sur chacune d'elles en particulier ; car nous ne voyons pas de raison pour indemniser une compagnie qui perd annuellement 100.000 francs en éclairant une ville et en gagne 200.000 en éclairant la ville voisine. En adoptant le même point de vue, la presque unanimité des marchés de fournitures échapperaient à l'imprévision : toutefois, il y aurait des exceptions ; tel serait par exemple le cas du maître-tailleur ou du maître-bottier d'un régiment, de l'usine travaillant exclusivement pour la défense nationale, de l'entreprise ne pouvant faire autre chose que la réfection des routes, ou d'une société ne pouvant transformer son objet social pour atteindre une clientèle autre que l'Administration. Certes, ce serait là examiner le contrat plus subjectivement qu'objectivement ; mais c'est ce que fait déjà le Conseil d'État en examinant la continuité du service, les déficits antérieurs et la force de résistance du concessionnaire ; la révision se justifie *ratione personae* plus que *ratione materiae*.

Les rares cas que nous venons de citer sont aussi les seuls dans lesquels la jurisprudence des tramways de Cherbourg, limitée, par ses conditions mêmes, aux seuls marchés de concession, pourrait très exceptionnellement s'étendre à d'autres marchés.

Seul le critérium du gain normal associé à la capacité de résistance soumet à l'imprévision la plupart des concessions et y soustrait la plupart des autres marchés ; cependant, ici encore, certaines concessions sont soustraites à l'imprévision et certains autres marchés y sont soumis.

En résumé, *quel que soit le critérium adopté, il serait impossible de justifier que l'imprévision s'étende à tous les marchés de concession et à eux seuls.*

2. La jurisprudence du Conseil d'Etat : marchés de transport et marchés de travaux publics. — Après avoir examiné la question de principe, nous allons rechercher quelle est la jurisprudence du Conseil d'État.

Nous ne nous étendrons pas sur les marchés de transport proprement dits, ou encore « de fournitures de transports », qui sont en

dehors de notre sujet ; le Conseil d'État leur étend généralement sa théorie de l'imprévision, qu'il s'agisse de transports terrestres (12.3.20, Automobiles postales, R., p. 275 ; 25.11.21, Aut. post., Rev. Dr. pub., 1921, p. 499 et s.), fluviaux (9.5.24, Messageries fluviales de Cochinchine, R., p. 452 ; 30.12.27, id., R., p. 1293 ; 18.7.30, id., R., p. 755) ou maritimes (20.3.29, Comp. gén. Transat., R., p. 343). Remarquons d'ailleurs que les arrêts précédents qualifient les entreprises de « concessionnaires » ; en réalité, il ne s'agit pas de concessionnaires, mais de coopérateurs du service public, puisque les entreprises reçoivent une somme d'argent et non le pouvoir de percevoir des redevances sur les usagers (1).

Passons aux marchés de travaux publics qui, quoique également en dehors de notre sujet, soulèvent une question intéressante : l'article 33, en prévoyant nettement la hausse et en en réglementant les conséquences, n'exclut-il pas l'imprévision par cela même ?

Naturellement, les entrepreneurs ont toujours soutenu la négative et ont souvent réclamé, à la suite d'une hausse, non la résiliation prévue par le contrat, mais une indemnité pour imprévision ; le Conseil d'État leur a donné tort jusqu'en 1925 (31 mai 22, Billes, R., p. 485 ; 11.7.23, Morelli, R., p. 563 ; 6.2.25, Demonchy, R., p. 121 et note D. P. 1926.3.1) ; mais, par l'arrêt Mas-Gayet (30.9.25, R., p. 836), il déclare que la faculté de résiliation donnée à l'entrepreneur par l'article 33 ne fait nullement obstacle à son droit de réclamer une indemnité pour imprévision, lorsque l'économie du contrat a été bouleversée ; cette jurisprudence a été confirmée par des arrêts subséquents (28.4.26, Ministre Guerre, R., p. 424 ; 8.2.28, Perchot, R., p. 108).

Elle nous paraît tout à fait abusive ; les parties avaient en effet nettement prévu ce qui se passerait en cas de hausse et cependant le Conseil d'État s'arroge le droit de modifier leur opinion exprimée de façon précise ; l'article 33, par la menace d'une résiliation, conduisait en fait à une révision aimable ; à quoi sert-il désormais, si on lui substitue une révision judiciaire ?

La jurisprudence en cause ne peut se justifier à aucun point de vue ; l'intérêt public n'est pas menacé, la continuité du service est assurée par la facilité avec laquelle un entrepreneur peut être

(1) Jèze, *Rev. dr. publ.*, 1925, p. 446 et suiv.

remplacé par un autre, il n'y a aucune imprévision dans un cas aussi net de prévision, la volonté des parties est nettement exprimée, l'entrepreneur ne risque ni la ruine ni même un dommage quelconque puisqu'il peut résilier dès que les dépenses sont majorées de 1/6^e.

Remarquons d'ailleurs que, lors de la discussion de la loi Failliot, il avait été décidé que celle-ci ne s'appliquerait pas aux entreprises de travaux publics, déjà couvertes par l'article 33.

M. Jacquemard estime « qu'il y a dans cette jurisprudence une généralisation excessive de la théorie de l'imprévision qui, si elle se maintenait, ne tarderait pas à entraîner le plus grand désordre dans les rapports contractuels administratifs » (1).

Il paraît inévitable que le Conseil d'État modifie rapidement sa jurisprudence sur ce point.

3. *La jurisprudence du Conseil d'Etat : marchés de fournitures.*— Nous nous étendrons plus longuement sur les marchés de fournitures qui forment le fond même de notre sujet : la doctrine les considère généralement comme peu intéressants ; les grands ouvrages ne contiennent sur eux que quelques lignes ; ainsi les trois volumes de l'ouvrage de M. Hauriou sur « la Jurisprudence administrative de 1892 à 1929 » leur consacrent 3 pages sur plus de 2.000 ; et pourtant leur importance, surtout dans la période envisagée, est considérable, et bien supérieure à celle des marchés de concession, si souvent et si longuement étudiés

Renversant l'ordre suivi précédemment, nous examinerons successivement en ce qui les concerne les conditions et les conséquences de l'imprévision, et nous ne nous demanderons qu'ensuite si le Conseil d'État en reconnaît souvent l'application.

1^o *Conditions de l'imprévision.* — Tout d'abord, quelle que soit l'importance de la hausse survenue, le fournisseur doit continuer l'exécution de son marché, sauf à réclamer ensuite toutes indemnités auxquelles il croira avoir droit ; cette règle, commune à tous les marchés administratifs (25.11.21, S^e Croix de la Roncière, R., p. 970 ; 28.6.22, Phares Ducellier, R., p. 557 ; 26.7.22, Molle, R., p. 653 ; 25.2.28, Grands Travaux, R., p. 278), est unilatérale ; car, par dérogation aux principes du droit commun en matière de vente,

(1) *Op. cit.*, p. 188.

l'Administration a le pouvoir de résilier ses marchés par sa seule volonté, sans que les motifs de cette décision puissent être discutés même par le Conseil d'État ; au contraire, le Conseil d'État peut examiner l'indemnité de résiliation à allouer au fournisseur, par extension de l'article 1794 du Code civil ; sa jurisprudence a varié sur le point de savoir si l'indemnité en question devait comprendre le manque à gagner ; il l'a d'abord refusé (19.1.36, Delacombe, R., p. 39 ; 22.1.40, Méjan, S. 40.2.281), puis accordé (9.8.73, Garnot, R., p. 418 ; 7.8.74, Hotchkiss, R., p. 824 ; 12.2.75, Sparre, R., p. 144 ; 21.4.93, Publications périodiques, D. P. 94.3.50). Actuellement, il ne comprend plus le manque à gagner dans l'indemnité (9.1.25, Chantiers et Ateliers de Saint-Nazaire, R., p. 28 ; 8.7.25, Ateliers et Chantiers de la Loire, R., p. 656), sauf si la résiliation a été prononcée aux torts de l'État (2.5.21, Durou, R., p. 428 ; 10.11.26, Guinard, R., p. 949).

La question d'une indemnité éventuelle ne se pose qu'après demande expresse du fournisseur (27.3.20, Dupuy-Chautard, R., p. 371) ; cette indemnité rétroagit antérieurement à la demande (27.12.29, Cossé-le-Vivien, R., p. 1177) ; le fait que le fournisseur a présenté les factures périodiques prévues par le marché n'édicte aucune forclusion à l'encontre de ses réclamations ultérieures (23.7.19, Cuaz, R., p. 656).

L'État n'est pas engagé par des pourparlers entre le fournisseur et des fonctionnaires subalternes (6.2.29, Guillot-Pelletier et Fils) ; l'Administration peut même retirer des offres formelles faites par elle, tant que le fournisseur ne les a pas acceptées (9.11.21, Soc. commerciale des carbures, R., p. 918 ; 2.12.25, Régina, R., p. 964), mais elle ne peut remettre le règlement de l'affaire à la fin des hostilités (28.6.22, veuve Albert Chabrat, R., p. 558).

Le moment où commence l'imprévision est celui où le prix d'ensemble, et non chacun de ses éléments, a dépassé les limites extrêmes prévisibles (par analogie, 8.8.24, Brive, R., p. 817 ; 12.12.24, Soc. Lyonnaise).

2° *Conséquences de l'imprévision.* — « L'imprévision doit rester strictement confinée dans le contentieux de l'indemnité et ne peut empiéter sur le contentieux des demandes en décharge de pénalités » (D. P. 30.3.13, concl. de M. Latournerie) ; l'exonération des pénalités ne peut être prononcée que s'il y a impossibilité d'exécuter

dans les délais prévus, et non simple difficulté imprévisible (9.3.28, Scieries africaines, D. P. 30.3.13) ; mais une compensation est possible entre les dites pénalités et l'indemnité à laquelle le fournisseur pourrait prétendre pour bouleversement de son contrat (même arrêt) et d'autre part il peut être tenu compte d'une exonération accordée sur les pénalités pour diminuer l'indemnité résultant de l'imprévision (28.6.22, veuve Albert Chabrat, R., p. 558).

3° *Reconnaissance de l'imprévision par le Conseil d'Etat.* — Telles sont, en ce qui concerne les marchés de fournitures, les conditions et les conséquences de l'imprévision, mais le Conseil d'État la reconnaît-il ? Comme la jument de Roland, aurait-elle toutes les qualités mais le seul défaut de ne pas exister ?

Ayant écarté les arrêts relatifs aux fournitures de gaz dans les prisons, nous trouvons d'abord une décision par laquelle le Conseil d'État reconnaît nettement l'imprévision dans un marché de fournitures ordinaires ; il s'agit de deux marchés passés les 26 mars et 4 juin 1914 par le Compagnie des Charbons et Briquettes de Blanz y et de l'Ouest pour fourniture de charbon à l'Établissement d'Indret, dépendant du ministère de la Marine ; le Conseil d'État reconnaît expressément le droit du fournisseur à indemnité pour hausse du charbon (24.1.23, R., p. 55). Or, aucune des conditions habituellement requises n'est ici réunie : les marchés se terminaient respectivement en novembre 1914 et mars 1915 ; leur durée pendant la guerre était donc très courte ; la Compagnie des Charbons de Blanz y réclamait des indemnités de 65.000 et 38.000 francs, dont le refus ne risquait aucunement de la ruiner ; enfin le fournisseur défaillant aurait facilement été remplacé, et par conséquent la continuité du service public n'était en aucune façon menacée. L'arrêt qui précède est donc critiquable à tous points de vue ; et, s'il peut à la rigueur présenter une similitude apparente avec les arrêts du gaz par le fait que la matière première en cause est la même, ses conditions de fond sont totalement différentes et il ne peut être considéré que comme un lapsus du Conseil d'État. Il reste, en effet, le seul de son espèce, parmi tous les marchés de fournitures soumis à la Haute Juridiction administrative.

Dans tous les autres cas, qu'il s'agisse de marchés passés avant, pendant ou après la guerre, quelle que soit la nature de la livraison à effectuer et la qualité du service qui l'a commandée, le Conseil

d'État refuse d'admettre l'imprévision ; il ne dit jamais qu'elle est inapplicable aux marchés de fournitures, il admet au contraire qu'elle jouerait s'il y avait bouleversement du contrat, mais il affirme chaque fois que, « dans les circonstances de l'affaire », « eu égard à l'époque à laquelle le marché a été passé », ce bouleversement ne s'est pas produit, que « la hausse survenue ne dépasse pas les limites extrêmes qui pouvaient être envisagées par les parties » et que les « causes de cette hausse pouvaient être prévues » (en particulier 3.12.20, Fromassol, R., p. 1036 ; 20.7.21, Poulet, R., p. 721 ; 9.11.21, Soc. commerciale des carbures, R., p. 918 ; 31.5.22, Billes, R., p. 485 ; 28.6.22, Phares Ducellier, R., p. 557 ; 26.7.22, Féron frères, R., p. 658 ; 6.12.22, Balaine, R., p. 901 ; 13.6.23, Millot, R., p. 475 ; 12.12.23, Besson, R., p. 830 ; 13.2.24, Grandchamp, R., p. 176 ; 20.2.24, Fabre, R., p. 195 ; 4.3.25, Casabianca, R., p. 233 ; 1.7.25, Min. Guerre, R., p. 634 ; 10.3.26, Chapperon, R., p. 263 ; 10.3.26, Clauzier, R., p. 264 ; 17.3.26, Wattebled, R., p. 290 ; 23.6.26, Leydet, R., p. 640 ; 21.11.28, Jullien, R., p. 1199 ; 23.7.29, Hydroglisseurs Lambert, R., p. 791 ; 2.7.30, Bienhoa, R., p. 680).

En somme, nous avons rencontré un arrêt admettant l'imprévision pour les marchés de fournitures, un seul arrêt parmi les dizaines de marchés qui ont été soumis au Conseil d'État, parmi les milliers et les milliers de marchés passés pendant et après les hostilités ; nous pouvons donc dire qu'à l'exception d'une erreur manifeste, le Conseil d'Etat n'a jamais admis qu'un marché de fournitures soit révisé pour hausse imprévisible des prix.

La règle immuable est celle qu'expriment de nombreux arrêts (par exemple 3.12.20, Fromassol, R., p. 1036) : « Considérant qu'en principe le marché règle d'une manière définitive pendant toute la durée de la fourniture les obligations respectives du fournisseur et de l'Administration ; que le fournisseur est tenu d'exécuter son contrat dans les conditions qui y sont précisées et moyennant la rémunération stipulée ; que les variations des prix des matières premières à raison des circonstances économiques constituent un des aléas du marché ; qu'elles peuvent suivant les cas être favorables ou défavorables au fournisseur et demeurent à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a faits avant de s'engager ».

Voilà la véritable jurisprudence ; les arrêts continuent bien par la phrase suivante : « qu'il ne peut être dérogé à ces principes par le juge du contrat que dans le cas où des circonstances imprévisibles imposent au fournisseur des surcharges exceptionnelles ». Mais cette incidente est superflue, puisque les événements de guerre et d'après-guerre n'ont jamais fait apparaître au juge du contrat l'existence de ces circonstances imprévisibles et de ces surcharges exceptionnelles ; s'il en était ainsi dans les conditions particulièrement anormales que nous avons connues depuis 18 ans, s'il en était ainsi pendant cette période exceptionnellement agitée où le nombre des marchés a considérablement dépassé la moyenne, nous pouvons bien affirmer que le Conseil d'État refuse toujours l'imprévision pour les marchés de fournitures.

Alors à quoi bon en réserver la possibilité pour ne jamais en reconnaître l'existence ? A quoi bon ajouter la dernière phrase indiquée si elle ne trouve jamais une application ?

C'est que, comme nous l'avons vu, quels que soient le critérium adopté et les fondements admis pour l'imprévision, on est bien obligé de l'étendre aux marchés de fournitures si on l'admet pour les concessions. Aucune théorie ne peut justifier que l'imprévision soit limitée aux seuls marchés de concession. Or le Conseil d'État, examinant la question au point de vue pratique, a estimé que la solution inaugurée par sa décision du 30 mars 1916, développée et précisée par 200 arrêts subséquents, était la seule possible ; pour la justifier, il a bâti son ingénieuse théorie de l'imprévision. Mais il s'est aperçu ensuite, d'une part que les principes de cette théorie devaient forcément s'étendre à bien d'autres marchés administratifs, sinon même à tous ; d'autre part, que pareille extension était indésirable à tous points de vue. Comment concilier ces contradictoires ?

Le Conseil d'État a trouvé pour ce faire un moyen ingénieux : *en théorie, il a édifié un système complet et cohérent qui s'étend à presque tous les marchés administratifs ; en pratique, il ne l'applique que dans les cas où il juge utile de l'appliquer*, à savoir dans tous les marchés de concession et dans quelques rares marchés de transport, de travaux publics et de fournitures de gaz ; dans tous les autres cas, il déclare que les conditions de l'imprévision ne sont pas réunies. Et il peut facilement arriver à ce résultat car sa pré-

tendue théorie est basée sur des critères si vagues — la prévision humaine, le bouleversement des contrats, la situation extracontractuelle — qu'ils sont invérifiables ; il est donc toujours possible d'affirmer avec force que les conditions de l'imprévision sont ou ne sont pas réunies ; personne ne peut discuter une affirmation aussi péremptoire qui n'est jamais justifiée par aucun motif indiscutable, par aucun argument solide, par aucun chiffre précis.

De la sorte une théorie apparente s'est transformée en règle pratique d'administration ; dans toute la question de l'imprévision, le Conseil d'État agit, non comme un juge appliquant un grand principe général, mais comme un administrateur examinant chaque cas particulier, en équité certes, mais aussi et surtout avec le constant souci du bien public.

* * *

La prétendue théorie de l'imprévision n'est pas une théorie, et l'imprévision ne lui sert aucunement de base : c'est une jurisprudence échaufaudée par le Conseil d'État pour justifier les révisions administratives qu'il estimait conformes à l'intérêt public bien compris ; or, cette jurisprudence, il ne l'a appliquée en fait qu'aux contrats de concession passés avant la guerre et à leurs avenants passés pendant la guerre ; à la suite de l'arrêt des tramways de Cherbourg, il va peut-être en restreindre encore l'application ; et, en tous cas, il l'a refusée systématiquement aux marchés de concession passés après la déclaration de guerre et à tous les marchés de fournitures, quelle qu'en soit la date.

Ainsi donc, le fournisseur qui fait le sujet de notre étude perd son dernier espoir : il est inutile qu'il invoque l'analogie de sa situation avec celle du concessionnaire ; si, prétendant que l'imprévision est une théorie générale, il veut en déduire que son marché doit être révisé quand il a été bouleversé par des circonstances exceptionnelles, il perdra son temps. Le Conseil d'État acquiescera, mais il affirmera en même temps que les circonstances n'étaient pas exceptionnelles et qu'en tous cas elles pouvaient et devaient être prévues ; et il refusera toujours la révision, tout en déclarant qu'elle

aurait pu être admise si elle avait réuni les conditions voulues. *Dans la pratique, le résultat sera, pour notre fournisseur, exactement le même que si la théorie n'existait pas* ou si elle ne s'appliquait pas aux marchés de fournitures.

Il n'obtiendrait rien en menaçant l'État de papier timbré ; qu'il essaie donc le miel plutôt que le vinaigre ; la pratique administrative lui permettra peut-être ce que lui refuse la jurisprudence.

CHAPITRE II

La révision sans clause dans la pratique administrative

L'Administration n'est pas toujours un monstre de perversité : d'autres mobiles que la peur du gendarme peuvent agir sur elle.

Tout d'abord — si nous en exceptons le fisc, qui n'en est qu'une très faible partie, mais contribue largement à lui donner une déplorable réputation — elle n'exige pas toujours la livre de chair à laquelle elle pourrait prétendre ; il lui arrive d'accorder par bienveillance ce qu'on ne pourrait exiger d'elle par décision judiciaire ; et des considérations d'équité l'empêchent parfois de réclamer la plénitude de son droit.

D'ailleurs, son intérêt bien compris lui recommande souvent la modération ; elle n'a pas le droit d'être généreuse avec l'argent des contribuables, mais à quoi lui servirait la mort du pêcheur ? Elle a besoin de ses fournisseurs. Certes, les nouveaux candidats sont généralement nombreux pour remplacer les défaillants ; mais ce n'est pas toujours vrai. Certaines fabrications sont si spéciales qu'il est impossible de s'y adonner sans des années de pratique ; aux uns manquera l'outillage, aux autres la technique ou le crédit. L'État ne peut, de gaieté de cœur, se priver de certaines collaborations précieuses.

Parfois même, l'Administration subit une contrainte, à laquelle elle ne peut échapper : certaines nécessités sont si impérieuses qu'elles passent avant toute autre considération ; et, par exemple,

la liberté de la discussion avec les fournisseurs d'obus n'est plus entière quand le pays envahi manque de munitions.

Ainsi donc, *la bienveillance, l'intérêt ou la contrainte peuvent conduire l'Etat à accorder ce que le contentieux ne pourrait obtenir.*

Nous allons en voir une preuve en examinant comment, dans la pratique, se sont réglés les marchés de fournitures bouleversés par la guerre.

Ainsi que dans toute la suite de cette étude, nous prendrons comme exemple le *Ministère de la Marine* : d'une part, en effet, les problèmes de révision se posent pour ce ministère avec une acuité particulière : les Travaux publics, soumis aux règles spéciales de l'article 33, étant mis à part, aucune administration n'a des marchés aussi importants s'étendant sur une aussi longue période ; par exemple la construction d'un cuirassé coûte plusieurs centaines de millions de francs et s'étend sur plusieurs années ; or l'importance du problème que nous avons posé varie comme celle du marché et comme la durée de celui-ci ; d'autre part, un vendeur qui fait une mauvaise affaire avec un client peut souvent se rattraper sur les autres ; il n'en est pas de même pour certains fournisseurs de la Défense nationale, qui sont très spécialisés (constructeurs de navires ou d'avions, fabricants de canons, etc.) et dont l'État est le principal, sinon l'unique client ; enfin, la Marine a, nous le verrons, développé plus qu'aucun autre département l'introduction dans les marchés de clauses de révision de prix ; elle présente par conséquent un intérêt exceptionnel au point de vue qui nous occupe.

Si nous nous proposons d'étudier en détail ce qui concerne le Ministère de la Marine, les constatations que nous ferons s'appliqueront le plus souvent aux autres départements ministériels et quand certains d'entre eux présenteront des particularités spéciales, nous les indiquerons ; puis, après avoir ainsi examiné ce qui s'est passé dans chaque ministère, nous conclurons.

Auparavant, il est nécessaire de donner quelques indications d'ordre général sur les marchés de la Marine.

* * *

Les marchés du ministère de la Marine sont passés par cinq Directions centrales :

du Service central des *Travaux maritimes* dépendent les marchés de travaux publics soumis aux conditions générales du 21 février 1912, calquées sur celles des Ponts et Chaussées (arrêté du 29 déc. 1910) ; les articles 33 des unes et des autres sont analogues et règlent de la façon toute spéciale que nous avons brièvement exposée la question des variations de prix ; ces marchés sont en dehors de notre étude ;

la Direction centrale de l'*Intendance maritime* et la Direction centrale du *Service de Santé* passent des marchés de fournitures pour des objets qui sont généralement dans le commerce (charbon, mazout, denrées alimentaires, médicaments, etc.) et qui, en tous cas, sont de fabrication rapide (bérêts, vêtements de matelots, etc.) ; il n'y a donc pas variation sensible du prix pendant le cours de la fabrication ; par contre, lorsque les contrats comportent des livraisons régulières réparties sur plusieurs années, les prix peuvent varier très sensiblement pendant le cours du marché ; la question d'une éventuelle révision se pose donc pour de nombreux marchés des Directions en cause ;

mais elle prend surtout une acuité particulière en ce qui concerne les deux Directions centrales industrielles, à savoir celle des *Constructions navales* et celle de l'*Artillerie navale* ; les fournitures qu'elles commandent exigent souvent plusieurs années de fabrication ; tel est, par exemple, le cas des navires, des moteurs, des arbres de bateaux, des canons, des tourelles, des obus, etc. ; ici, les prix peuvent varier de façon très importante pendant le cours de la fabrication ; les exemples que nous rencontrerons concerneront donc surtout les Constructions navales et l'Artillerie navale.

Les marchés sont préparés par les services relevant des Directions centrales intéressées ; mais, afin de les soumettre à des règles communes et d'en uniformiser les clauses principales, ils sont examinés par deux commissions siégeant à Paris et dites *Commission centrale des marchés industriels* et *Commission centrale des marchés commerciaux* ; nous en parlerons très souvent et les désignerons parfois en abrégé par les lettres C.C.M.I. et C.C.M.C.

« Les marchés industriels se caractérisent, soit par la nécessité de recourir à des pourparlers d'ordre technique avec les industriels, soit par application de clauses de recette où se manifeste une appréciation d'ordre à la fois scientifique et industriel. Les marchés

commerciaux se caractérisent par le fait de procurer des matières ou objets qui existent couramment dans le commerce et dont la nature et la qualité sont peu sujettes à variations ; de n'exiger, pour l'application de leurs clauses de recette, que des manipulations commerciales (mesurage, pesée, etc.), ou des essais pratiques d'usage courant, accompagnés parfois d'analyses chimiques » (Instr. gén. du 8 avril 1921 sur les marchés de la Marine, art. 50)

La classification exacte d'un marché est parfois assez délicate ; en gros, on peut dire que les Directions centrales de l'Intendance maritime et du Service de Santé passent des marchés commerciaux alors que les Directions centrales des Constructions navales et de l'Artillerie navale passent des marchés industriels.

Les questions de principe particulièrement importantes et communes aux marchés industriels et commerciaux sont soumises à une commission supérieure, composée de membres des deux commissions centrales et qui, primitivement appelée « Commission plénière des marchés » puis « Sous-commission commune des marchés », porte maintenant le nom de *Commission mixte consultative des marchés*.

Ces diverses Commissions n'ont qu'un rôle consultatif ; elles préparent les projets de marchés et consignent dans des procès-verbaux leur avis sur les questions générales qui leur sont soumises ; le ministre seul a pouvoir de notification et de décision.

Ces quelques explications préliminaires étant données, nous allons voir comment, dans la pratique, l'Administration a réglé le cas des marchés d'avant-guerre, de guerre (section I) et d'après-guerre (section II) ; puis nous examinerons comment les intéressés ont voulu échapper aux inconvénients de la révision par bienveillance administrative, en insérant dans les marchés soit des clauses de non-révision (section III) soit des clauses de révision (section IV).

SECTION I

**Les marchés d'avant-guerre et de guerre :
bienveillance extrême de l'Administration**

Le Conseil d'État, nous le savons, admet au bénéfice de l'imprévision les marchés d'avant-guerre et leurs avenants ; il le refuse aux marchés passés pendant la guerre. Au contraire, l'Administration a toujours traité de la même façon tous les marchés exécutés pendant la guerre ; nous pouvons donc étudier simultanément son attitude vis-à-vis des marchés d'avant-guerre et des marchés de guerre.

Jusqu'en octobre 1918, la Marine a réglé chaque cas d'espèce d'après les circonstances propres qui le caractérisaient ; en octobre 1918, elle a essayé une codification générale s'appliquant à tous les cas particuliers ; la coïncidence de ce changement avec la fin de la guerre est du reste tout à fait fortuite.

A — SOLUTION DES CAS D'ESPÈCES

La première impression des fournisseurs en août 1914 fut que la déclaration de guerre était un événement de force majeure suspendant automatiquement tous les contrats et donnant droit à leur résiliation ; ainsi, sur leur initiative, la question de savoir si les marchés en cours seraient ou non continués, et à quelles conditions, se posa aux divers services de la Marine dès le début des hostilités ; ceux-ci demandèrent des instructions au Département qui, soucieux de donner des directives générales et uniformes, invita en septembre 1914 la Commission plénière des marchés à faire un rapport d'ensemble sur la question ; la Commission, réunie le 2 octobre 1914, posa des principes généraux, sanctionnés par une Dépêche ministérielle datée de Bordeaux le 24 novembre 1914 (B. O., p. 931).

A la première question : « Les marchés conclus avant le 2 août 1914 sont-ils valables après cette date ? », la Commission répon-

dait : oui, à moins d'impossibilité absolue et effective, c'est-à-dire de cas de force majeure tels que définis par les conditions générales ; la preuve de ces empêchements incombait au fournisseur, dont l'Administration se réservait de vérifier les allégations par tous moyens en son pouvoir.

Mais alors se posait la deuxième question : « Les marchés continuant à être exécutoires le sont-ils aux mêmes conditions ? » La Dépêche ministérielle du 24 novembre 1914 y répondait, en donnant les instructions suivantes, relatives aux cas où « les événements de guerre n'ont fait que rendre plus difficile l'exécution du marché » et où par suite « celui-ci subsiste nécessairement » : tout d'abord, « l'Administration peut, au vu de justifications précises à produire par le fournisseur et à vérifier soigneusement par elle, lui accorder, soit des délais supplémentaires de livraison (art. 44 des C. G.) soit même une indemnité à débattre, à moins qu'il n'ait été stipulé d'avance que le marché serait exécutoire en temps de guerre ».

Donc, dès novembre 1914, un an et demi avant l'arrêt du gaz de Bordeaux et plusieurs années avant les premiers arrêts du Conseil d'État admettant que l'imprévision pouvait s'appliquer aux marchés de fournitures, le ministre de la Marine, par un document public puisque publié à son *Bulletin Officiel* et au *Journal Officiel* (27.11.14, p. 8887), renonce à exiger que les contrats soient appliqués à la lettre et admet la modification éventuelle de leurs clauses, sur justification, non pas d'une impossibilité, mais d'une simple difficulté d'exécution ; cette décision, prise au moment tragique où, après la bataille de la Marne, les stocks étaient épuisés et où le gouvernement lançait de pathétiques appels au patriotisme des industriels pour l'organisation intensive de fabrications de guerre, s'explique évidemment par une nécessité impérieuse ; elle n'en constitue pas moins une initiative hardie, qui était susceptible d'avoir, et qui eut en effet, des conséquences très importantes au point de vue de l'exécution des marchés.

Le ministre prenait bien diverses précautions pour arrêter une extension exagérée de ces conséquences : lui seul pourra concéder une indemnité qu'il appartient aux autorités locales de proposer ; en attendant la décision à intervenir, le marché doit être ponctuellement exécuté et ce, sous la sanction de toutes les pénalités de droit

commun en matière de marché de fournitures (art. 70 et suivants des C.G., art. 430 à 433 du Code pénal), « pénalités que les nécessités impérieuses du temps de guerre commandent d'appliquer strictement », alors qu'au contraire les simples pénalités contractuelles pour retard peuvent être réduites ou supprimées par l'octroi de délais supplémentaires ; aucune indemnité pour élévation subite des cours ne pourra être accordée « qu'autant qu'il aura été impossible aux fournisseurs d'effectuer leurs livraisons au moyen de marchandises ou de matières premières existant en stock dans leurs établissements lors de la déclaration de guerre, ou obtenues par eux au moyen des marchés passés antérieurement à la mobilisation ».

Malgré ces précautions, le ministre avait entrebaillé la porte ; fatalement, les fournisseurs devaient chercher à agrandir l'ouverture et à s'y précipiter en masse.

La circulaire du 24 novembre 1914 contenait encore une disposition qu'il importe de signaler : après avoir prescrit aux services, chaque fois qu'ils pourraient réaliser l'accord avec le fournisseur en ce qui concerne le taux de l'indemnité, de passer l'acte additionnel correspondant, elle ajoutait : « Mais il ne sera pas toujours possible de procéder de la sorte, parce que, par exemple, le marché primitif aura été conclu pour une durée assez longue, au cours de laquelle les marchandises subiront des fluctuations de prix importantes, qui ne sauraient être appréciées d'avance... » ; elle édictait donc les mesures à prendre quand, « en raison de la longue durée du marché, la décision ne paraît devoir être prise qu'à l'expiration du contrat ou à la fin de la guerre ». C'était reconnaître que, même après le 3 août 1914, les conséquences de la guerre sur les prix ne pouvaient être évaluées ; c'était donc, dès ce moment, admettre le principe de l'imprévision relative qui devait, les années suivantes, être fort discuté et que M. le Commissaire du Gouvernement Cornille déclarait encore en 1921 d'une valeur douteuse (C. E., 9.11.21, Soc. commerciale des carbures, R. D. P., 1921, p. 492) ; c'était implicitement reconnaître que les avenants et même les marchés conclus pendant la guerre pouvaient, eux aussi, être susceptibles de révision ; l'argument, en tout cas, ne devait pas être négligé par les fournisseurs.

Donc, dès les premiers jours de la guerre, la question de l'im-

prévision se posait à l'Administration ; celle-ci, placée en face des difficultés et devant les résoudre très rapidement pour ne pas entraver la bonne marche des services, n'avait pas eu le temps d'attendre qu'une jurisprudence soit constituée ; pour agir et assurer le nécessaire à la Défense nationale, il lui fallait prendre des décisions immédiates, dussent-elles engager dangereusement l'avenir ; ainsi la nécessité créait une doctrine administrative que la jurisprudence devait s'efforcer de codifier plusieurs années après.

Dans les premières années de la guerre, seuls les administrateurs actifs ont donc à étudier la révision des marchés de fournitures, qui, si on excepte les arrêts très spéciaux des Automobiles postales (20.7.17, R., p. 588) et du Gaz de Poissy (8.2.18, R., p. 122), ne devait pas se poser devant les juges administratifs avant la fin de hostilités.

Pendant cette période, les difficultés se règlent assez facilement ; *l'Administration est généreuse par nécessité* et le recours au juge est inutile.

Une circulaire du 11 mai 1915 modifie légèrement celle du 24 novembre 1914 : chaque fois que ce sera possible, le service intéressé examinera les justifications données par le fournisseur sans attendre la fin du marché, ce qui permettra un règlement plus rapide des litiges ; d'autre part, le délai impératif de 10 jours fixé par les conditions générales, « s'il convient parfaitement lorsqu'il s'agit d'événements bien caractérisés, paraît trop réduit pour la présentation de justifications qui résulteront parfois de circonstances mal définies ou dont la répercussion n'aura pas été prévue dès le premier moment » ; il suffira donc que la requête soit faite dorénavant « dans le moindre délai possible ».

* * *

Les mêmes problèmes se posent alors aux autres administrations publiques ; chacune les résout d'après ses traditions, ses principes et le degré de nécessité qui la pousse ; les solutions données sont donc divergentes. Aussi la Commission du budget demande-t-elle qu'une enquête soit effectuée par le ministre des Finances auprès de tous les ministères et services et que, sans exclure les tempéraments nécessaires dans l'appréciation de chaque cas particulier,

les administrations soient invitées à s'inspirer de principes communs.

Le 27 juin 1916, le ministre des Finances écrit donc aux divers ministres une lettre (Dir. gén. de la Comptab. publ., n° 1222) qui fixe ces principes : après avoir écarté l'application aux marchés administratifs de l'article 5 du décret du 10 août 1914 sur les dispositions moratoires (chap. I^{er}, sect. I, c, a), cette lettre rappelle « qu'en vertu d'une longue suite d'arrêts dont les derniers sont récents (notamment Cassation, 4 août 1915), l'état de guerre ne constitue un cas de force majeure susceptible de motiver la résiliation des traités que s'il entraîne l'impossibilité matérielle d'y donner suite, et non s'il en rend seulement l'exécution plus onéreuse ou plus difficile. Il résulte de cette jurisprudence qu'à *moins de clauses spéciales de son contrat*, le fournisseur ne saurait utilement invoquer, pour se soustraire à ses obligations, la gêne, si elle est surmontable, la réduction des bénéfices escomptés, ou même la perte qu'il est exposé à subir par suite de circonstances telles que l'élévation du prix, la raréfaction de la main-d'œuvre, des matières premières, des marchandises et des moyens de transport ; la mobilisation du chef d'entreprise, lorsque son commerce continue à être exercé par un remplaçant ; l'aggravation des frais généraux, etc.

» Ainsi l'auteur d'une commande est donc en droit d'en exiger l'exécution aux conditions primitives, malgré les embarras inséparables de l'état de guerre, du moment qu'il n'y a pas impossibilité absolue de remplir les engagements pris ». Le ministre des Finances se demande ensuite si cette jurisprudence, dont les particuliers peuvent réclamer le bénéfice, peut aussi profiter à l'État ; il estime qu'il serait imprudent de généraliser la solution d'espèce récemment donnée dans l'arrêt du gaz de Bordeaux et « d'en inférer que la juridiction administrative est disposée à rompre délibérément avec la doctrine jusqu'alors consacrée par la juridiction de droit commun » ; elle oppose en particulier la concession et le marché de fournitures et refuse de voir dans l'arrêt du 30 mars 1916 « le point de départ d'une jurisprudence entièrement nouvelle, applicable aux marchés administratifs de toute nature ».

Mais, après avoir pris, pour modérer les novateurs trop audacieux, ces précautions tout à fait justifiées par la suite, M. Ribot ajoute : « Dans la pratique, que les adoucissements à la rigueur des contrats puissent être réclamés en justice ou qu'ils ne puissent

résulter que d'une décision gracieuse, la conduite à tenir par les Administrations reste la même et elle doit évidemment s'inspirer des principes sur lesquels s'est fondé le Conseil d'État. Les circonstances sans précédent de la crise actuelle posent des questions imprévues que ni la réglementation, ni les stipulations du temps de paix prises dans leurs termes littéraux ne peuvent résoudre toujours d'une façon satisfaisante. Il ne serait pas équitable de faire supporter par les adjudicataires des pertes hors de proportion avec celles dont ils pouvaient raisonnablement prévoir l'éventualité. Il n'est pas non plus de l'intérêt bien compris des services publics d'exiger de leurs fournisseurs une collaboration ruineuse pour ces derniers. *Il paraît donc légitime* de consentir, le cas échéant, des délais supplémentaires de livraison et même, lorsqu'on se trouve en présence de justifications précises et probantes, *d'accorder au besoin des indemnités* ».

Suivent des règles générales pour la fixation de ces indemnités : une partie des charges supplémentaires doit être supportée par le fournisseur, comme entrant dans les aléas normaux des marchés ; il importe de faire état tant « du maximum de l'amplitude des variations économiques dont la prévision était possible au moment où l'on a contracté » que des gains effectués pendant une autre période de l'exécution du marché ou sur la vente de certains autres produits ou sous-produits. (Il ne semble pas que, dans la pratique, cette dernière prescription ait été appliquée dans les marchés de fournitures.)

Enfin le ministre des Finances fait siennes diverses recommandations du ministre de la Marine sur le prix de revient effectif des approvisionnements mis en œuvre et la remise à l'expiration du contrat ou à la fin de la guerre de la fixation de l'indemnité. Il ajoute : « Il conviendra parfois, en prévision du retour ultérieur à une situation plus normale..., de stipuler la faculté pour l'Administration d'abaisser les nouveaux prix en cas de fléchissement dans le coût de la matière première ou de la main-d'œuvre. Il peut encore être décidé que les anciens tarifs rentreront en vigueur dès la fin des hostilités ou dans un certain délai après cette époque ». Ces anticipations un peu hasardées sur « le retour à une situation normale » semblent justifier pleinement la théorie de l'imprévision relative, en montrant qu'un ministre des Finances lui-même ne

peut, deux ans après le début d'une guerre, en prévoir approximativement les conséquences possibles...

La circulaire termine en faisant remarquer qu'il s'agit là uniquement de *mesures de bienveillance, d'un abandon par l'Etat de tout ou partie des avantages résultant pour lui de marchés réguliers* et « d'une dérogation aux règles de notre droit financier ».

Ici encore, la pratique administrative élabore lentement les principes qui, quelques années plus tard, appliqués aux seules concessions, constitueront la jurisprudence sur la matière ; mais elle a bien soin de préciser que la révision est une faveur et nullement un droit.

La lettre du 27 juin 1916 constituait la première tentative d'unification entre les errements des divers ministères : nous verrons que malheureusement cet essai n'a pas été suivi de beaucoup d'autres. Une preuve de la difficulté rencontrée par ce genre d'initiatives et de l'inertie apportée par les diverses administrations à adopter les suggestions d'un autre département semble être donnée par le fait que la circulaire du 27 juin 1916 n'a pas été notifiée à ses services par le ministre de la Marine avant le 21 décembre 1917 (B. O., p. 659).

*
* * *

Dans le cas présent d'ailleurs, la notification officielle semble n'avoir été qu'une simple formalité ; dès le mois de juillet 1916, la Direction centrale des Constructions navales, saisie par le port de Toulon de demandes d'indemnités formulées par les titulaires de divers marchés, s'inspire dans ses projets de réponse de la lettre du 27 juin 1916 et propose d'adopter dans la pratique les règles suivantes : le bénéfice normal supposé prévu par le fournisseur peut être évalué à 10 % ; une réduction de ce bénéfice à 7 % peut être considérée comme ne dépassant pas les pertes résultant des aléas compatibles avec les marchés ; l'indemnité sera donc égale à l'excès des dépenses supplémentaires sur les trois centièmes de la valeur du marché.

Le Cabinet du ministre, estimant qu'il y avait contradiction apparente entre ces propositions et le mode de conduite adopté jusqu'alors en conformité avec la circulaire du 24 novembre 1914, consulte la Sous-commission commune des marchés ; celle-ci, dans

sa séance du 21 août 1916, se rallie entièrement aux principes posés par la lettre du ministre des Finances et aux applications qu'en tire la Direction centrale des Constructions navales ; elle fait remarquer que la contradiction signalée est inexistante, les nouvelles règles fixant le mode d'évaluation d'une indemnité dont la circulaire du 24 novembre 1914 s'est bornée à reconnaître le principe ; enfin elle estime que le règlement des indemnités en fin de marché, par constatation des plus-values réelles, doit être la règle et que son évaluation forfaitaire en cours de marché, par accord des parties, doit rester l'exception.

Le procès-verbal de la séance du 21 août 1916 appelle les observations suivantes :

1^o La Sous-Commission commune déclare que « le principe posé par la lettre du ministre des Finances en date du 27 juin 1916 est équitable et qu'il y a lieu d'en faire application dans l'avenir » : la Marine estime donc que les Finances n'ont pu lui donner qu'un avis, non des instructions et que sa liberté de décision reste entière.

2^o D'après l'avis de la Sous-Commission, « il doit être entendu que les indemnités déjà réglées ne seront pas susceptibles d'une nouvelle révision » ; c'est repousser la théorie de l'imprévision relative.

3^o Les propositions des services de la Marine sont beaucoup plus favorables aux fournisseurs que ne l'ont jamais été la doctrine ou la jurisprudence ; la théorie de l'imprévision s'est bornée à établir quelques principes généraux et n'a jamais donné de règle stricte ni de pourcentage précis pour le calcul de l'indemnité ; elle a traité la question de droit et renvoyé aux experts la question de fait ; ceux-ci ont toute liberté pour évaluer : a) la hausse qui pouvait rentrer dans les prévisions des parties ; b) la part de la charge extracontractuelle « que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à la charge du fournisseur ». Cette part varie très sensiblement suivant les arrêts, qui ne donnent aucun renseignement sur les bases de calcul adoptées et se contentent d'affirmer « qu'il ressort des divers éléments fournis par l'instruction qu'il sera fait une juste appréciation des circonstances de la cause en décidant que »... la ville ou l'État devra payer tant au concessionnaire ou au fournisseur. La part de la charge extracontractuelle que conserve le fournisseur est de 100 %, dans les marchés de

fournitures, pour lesquels le Conseil d'État ne reconnaît jamais l'imprévision ; dans les concessions, elle descend au cinquième (16.1. 20, Gaz de Cette, R., p. 40) ou au dixième (25.11.21, *Automobiles postales*), suivant la durée du marché et par conséquent les perspectives d'avenir qu'il peut laisser au concessionnaire.

Mais jamais la jurisprudence n'a admis une ventilation des indemnités aussi favorables au fournisseur que la règle des trois centièmes. Cette règle nous paraît d'ailleurs absolument inadmissible ; l'exemple cité par la Sous-Commission le prouve surabondamment : « Pour un marché de 100.000 francs, dit-elle, si le total des dépenses supplémentaires est évalué à 8.000 francs, l'indemnité accordée sera de 8.000 fr. — 3.000 fr. = 5.000 francs ». Or, dans ce cas, la Sous-Commission estime le bénéfice à 10.000 francs (à supposer que le pourcentage de 10 % s'applique au prix du marché et non au prix de revient) ; le prix de revient escompté était donc de 90.000 francs et le prix de revient réel de 98.000 francs. Un fournisseur recevant 100.000 francs pour un travail qui lui a coûté 98.000 francs réalise un bénéfice pendant que tant de ses compatriotes se ruinent ou se font tuer et les services de la Marine proposent de lui verser 5.000 francs supplémentaires, pour ne pas trop diminuer le bénéfice qu'il aurait réalisé en temps de paix ! La nécessité atténue peut-être le caractère choquant de cette proposition ; celle-ci n'en paraît pas moins indéfendable ; en tous cas, elle est maintenant condamnée par de nombreux arrêts du Conseil d'État, dont le plus significatif est celui des *Automobiles postales* (25.11.21, R., p. 980 ; *R. D. P.*, 1921, p. 499 et suiv.).

L'expertise prescrite par le Conseil d'État le 12 mars 1920 concluait qu'un bénéfice de 0 fr. 25 par kilomètre avant guerre s'était transformé pendant la guerre en perte de 0 fr. 06 par kilomètre et que l'État devait rembourser au fournisseur une indemnité représentant la perte kilométrique (0 fr. 06) majorée du manque à gagner ; ce dernier, évalué à une moyenne de 0 fr. 18, représentait le bénéfice d'avant guerre diminué des aléas prévisibles en temps normal. M. Corneille, commissaire du Gouvernement, combattit vivement les conclusions des experts ; il estimait que, jusqu'à concurrence du manque à gagner, les aléas survenus étaient des aléas normaux. La théorie de l'imprévision, dit-il, a pour but « de venir en aide aux compagnies concessionnaires, ou titulaires de marchés

échelonnés, pour supporter les charges onéreuses d'une situation extracontractuelle. Ces expressions : charges onéreuses, que vous avez tenu à employer, indiquent bien en elles-mêmes, en laissant pour un instant de côté les idées directrices de votre théorie, qu'elles sont synonymes de pertes effectives, et non de gain manqué. Étymologiquement, le sens ainsi restreint de cette expression ne saurait être douteux. L'état actuel à considérer est un état de déficit, un état de perte proprement dite. Enfin, dans les affaires pour lesquelles vous avez renvoyé jusqu'ici à l'expertise..., il s'agissait de perte à compenser et non de profit à limiter ». D'après la jurisprudence antérieure du Conseil d'État, « le manque à gagner ne peut correspondre qu'à des aléas prévisibles et ce n'est pas sortir des vraisemblances que d'estimer que l'entrepreneur, en signant son marché, a pu et dû envisager la disparition éventuelle de tout son bénéfice » (1). Le Conseil d'État y resta fidèle dans l'arrêt des Automobiles postales en adoptant les conclusions de M. Corneille et décidant « que *les compensations* auxquelles l'exploitant peut prétendre à raison des charges exceptionnelles et imprévues nées de la guerre *ne pourraient s'appliquer qu'aux pertes subies, et non au manque à gagner* ». Dans le cas envisagé d'ailleurs, le Conseil d'État entendait les pertes subies dans un sens particulièrement large puisqu'il acceptait d'y comprendre les intérêts du capital social au taux légal et ses frais d'amortissement ; M. Corneille faisait remarquer que bien des sociétés, non concessionnaires, n'avaient pas bénéficié pendant la guerre de conditions aussi avantageuses ; il faut donc considérer ce cas particulier comme un tempérament d'équité et non comme un droit pour le fournisseur : quoi qu'on en ait dit, l'actionnaire n'a nullement droit au dividende comme l'obligataire à l'intérêt.

Tous les arrêts ultérieurs maintiennent invariablement cette jurisprudence (en particulier 26.1.23, Gaz de Lorient, R., p. 82 ; 8.8.24, Gaz de Brive, D. P. 1925.3.17 ; 8.5.25, C^{1es} réunies gaz et électricité, R., p. 440 ; 11.12.25, C^{1e} p. éclairage des villes, R., p. 1001 ; 19.2.26, Bouzereau, R., p. 195 ; 19.2.26, Gaz de la Ciotat, R., p. 197 ; 23.6.26, C^{1e} gén. pour l'éclairage, R., p. 631 ; 4.11.27, Roanne, R., p. 1013 ; 20.1.28, Montagnac, R., p. 89 ; 30.3.28, Bel-

(1) Desjonquères, *ouv. cit.*, p. 121.

fort, R., p. 478 ; 30.3.28, Louhans, R., p. 482 ; 15.6.28, la Courtine, R., p. 757 ; 30.11.28, Centre Électrique, R., p. 1228 ; 22.11.28, Molinier, R., p. 1329 ; 18.10.29, Tours, R., p. 909 ; 28.3.30, Midi, conclusions de M. Josse et note au D. P. 1930.3.29) (1) : *la théorie de l'imprévision n'aboutira jamais à assurer un gain au concessionnaire ; il ne peut être un profiteur de la guerre* (2) ; cependant la jurisprudence ci-dessus semble avoir reçu un coup, en même temps que l'imprévision elle-même, par l'arrêt tout récent des tramways de Cherbourg qui exclut du bénéfice le prélèvement pour la réserve légale (note D. P. 1933.3.19).

La longue suite d'arrêts que nous venons de citer montre que, dans la pureté de sa construction juridique, l'imprévision n'a jamais conduit qu'à rembourser une partie du *damnum emergens*, elle laisse à la charge du fournisseur tout le *lucrum cessans*.

Donc, dans le cas cité par la Sous-Commission, il n'y avait pas lieu à révision de prix.

Aussi le ministre refusa-t-il, à très juste titre, de sanctionner les propositions qui lui étaient faites (B. O. 1919, n° 3, p. 85) ; si un pourcentage immuable avait été fixé, il aurait dû être supérieur au bénéfice ; mais l'adoption d'un pourcentage quel qu'il soit aurait paru transformer en droit ce qui restait toujours une faveur ; le ministre, tout en étant très large dans la pratique et en maintenant un certain bénéfice, se refusa donc à donner des règles impératives et continua à statuer sur chaque cas d'espèce ; c'était une solution à la fois plus prudente et plus équitable, bien que toujours très généreuse.

Il en fut ainsi jusqu'à la fin de la guerre.

A ce moment, l'examen d'un cas particulier allait conduire la Marine à essayer une *codification générale des règles à adopter pour la révision*.

Aux termes d'un marché du 1^{er} avril 1914, un fournisseur devait livrer différents éléments pour canons de 14 cm. ; il avait dû en interrompre la fabrication à la mobilisation et ne l'avait reprise qu'en mars 1918 ; un acte additionnel du 6 mars lui accordait des

(1) R. D. P., 1930, p. 730 et suiv. ; — Jèze, R. D. P., 1932, p. 249, 282, 298 à 301.

(2) Mestre, *Génie civil*, 3.1.25, p. 16.

plus-values pour compenser les frais supplémentaires qu'il aurait à subir ; la Marine et le fournisseur étant ainsi d'accord tant sur le principe que sur la quotité des plus-values, l'affaire pouvait être considérée comme réglée ; mais, le 1^{er} mai 1918, le fournisseur devait rebuter son tube n^o 1 pour insuffisance aux essais mécaniques.

D'après l'article 49 § 1 des Conditions générales, la pièce rebutée doit être remplacée aux frais du fournisseur, responsable du rebut ; donc, en règle générale, pas de difficulté.

Mais, dans le cas précédent, le fournisseur tint le raisonnement suivant : « Avant guerre, je devais livrer le tube pour 10.442 fr. ; je l'aurais remplacé après rebut, ce qui m'aurait occasionné une dépense supplémentaire équivalente (au bénéfice près) et je n'aurais été en droit de réclamer à la Marine aucune indemnité de ce fait. Mais, actuellement, ce remplacement va me coûter 16.442 fr. ; je réclame donc à la Marine les 6.000 fr. de supplément. — Par acte additionnel du 6 mars 1918, répliqua la Marine, vous vous êtes engagé à continuer la fabrication des éléments moyennant une plus-value fixée à 1.098 fr. pour un tube ; cette plus-value compensait les charges supplémentaires résultant de la guerre ; la Marine ne vous doit rien de plus. — Mais, répondit le fournisseur, les 1.098 fr. représentaient le prix nécessaire pour terminer des éléments déjà fort avancés ; actuellement, la fabrication complète d'un nouveau tube coûtera au moins 16.442 fr., soit 6.000 fr. de plus qu'avant-guerre. Compte tenu des 1.098 fr. que nous a accordés l'acte additionnel, c'est donc encore 4.902 fr. que nous doit la Marine, c'est 4.902 fr. que nous lui réclamons ».

Les sommes en jeu étaient donc peu élevées, mais le principe à régler était fort important.

La Marine refusa la plus-value demandée, en disant au fournisseur : « A partir du moment où vous avez signé l'acte additionnel, les Conditions générales ont recommencé à s'appliquer ; un rebut de fabrication rentre donc dans les aléas dont vous avez dû tenir compte ».

Le fournisseur eut beau faire remarquer que sa demande était très modérée puisqu'elle correspondait à une simple majoration de 58 % sur les prix du marché, alors que le prix du charbon avait augmenté de 600 % et celui de la fonte de 250%, cependant que la main-d'œuvre et les frais généraux avaient doublé. La Marine

resta sur le terrain des principes et, par plusieurs lettres adressées au fournisseur entre juillet et novembre 1918, maintint qu'une indemnité de remplacement ne pourrait être envisagée « que si le rebut était la conséquence d'une circonstance résultant de l'état de guerre et postérieure à l'acte additionnel du 3 mars 1918 », ce qui n'était pas le cas. Finalement, le fournisseur renonça le 4 décembre 1918 à sa réclamation, tout en maintenant qu'elle était justifiée.

La décision de la Marine n'avait été prise qu'après des discussions entre divers services et malgré quelques avis discordants ; finalement, la Commission centrale des marchés industriels, saisie par D.M. 12.895 du 3 octobre 1918, était intervenue et avait tranché la question dans sa séance du 9 octobre 1918, en déniaut au fournisseur tout droit à indemnité.

Elle ne pouvait conclure autrement, nous semble-t-il ; car le rebut, prononcé moins de deux mois après la signature de l'acte additionnel, était certainement dû à des causes antérieures à la reprise de la fabrication : l'élément était mauvais dès le 2 août 1914 ; il devait donc, dès ce moment, être remplacé aux frais du fournisseur. Si celui-ci avait en 1914 coulé un lingot bon, il n'aurait pas eu à recommencer cette opération en 1918 ; les 4.902 francs supplémentaires qu'il devait déboursier résultaient du fait qu'il avait coulé un lingot défectueux, donc d'une faute de sa part ; il devait supporter les conséquences de cette faute sans que la Marine ait à en endosser la moindre part. Il lui appartenait, en tous cas, lors de la discussion de l'acte additionnel, de demander l'insertion d'une clause précisant qu'en cas de rebut d'un élément, le marché serait résilié en ce qui concernait cet élément ; il ne l'avait pas fait et l'acte additionnel du 6 mars 1918 ne comportait aucune réserve. L'imprévision ne pouvait pourtant s'appliquer à une période inférieure à deux mois.

Quoi qu'il en soit de ce cas particulier, il conduisit la Commission à envisager dans son ensemble la question des plus-values qui n'avait pas encore été traitée dans un document officiel et à « poser quelques principes généraux destinés à assurer, dans la mesure du possible, l'unité de doctrine entre les divers services de la Marine ».

B — ESSAI D'UNE CODIFICATION ADMINISTRATIVE

La Commission, par son procès-verbal du 31 octobre 1918, dont la suite de cette étude nous montrera toute l'importance, rappelle d'abord « que, par sa nature même, un marché forfaitaire lie définitivement les deux parties et que sa modification ne peut, en principe, être réclamée par l'une d'elles que s'il s'est produit, en cours d'exécution, un événement de force majeure » dont elle rappelle les caractères.

« Toutefois, ajoute-t-elle, sous la pression des événements, on a été conduit à admettre, par esprit d'équité, que des circonstances indépendantes de la volonté du fournisseur et rendant notablement plus onéreuse l'exécution de son marché pouvaient entraîner une révision des prix forfaitaires... Le taux de l'indemnité à allouer doit, dans chaque cas, être déterminé en s'inspirant des principes posés par le ministre des Finances...

» Le calcul du surcroît de dépenses imposé au fournisseur doit se faire en s'inspirant des considérations suivantes :

» *Augmentation de salaires.* — Le fournisseur devra présenter toutes les justifications nécessaires pour établir :

» a) la valeur S de la main-d'œuvre estimée par lui, lors de la passation du marché, pour l'exécution complète de ce marché ;

» b) la valeur S_1 de la main-d'œuvre réellement dépensée à la date de l'augmentation de salaires ;

» c) la valeur S_2 de la main-d'œuvre qui aurait été vraisemblablement dépensée après cette date si l'augmentation de salaires ne s'était pas produite ;

» d) la dépense supplémentaire de main-d'œuvre S' résultant de l'augmentation de salaires...

» ...Les trois cas suivants peuvent se présenter :

» 1^o S est égal ou supérieur à $S_1 + S_2 + S'$. Il n'y a pas alors surcroît réel de dépenses.

» 2^o S est compris entre $S_1 + S_2$ et $S_1 + S_2 + S'$. Le surcroît réel de dépenses est la différence entre $S_1 + S_2 + S'$ et S .

» 3^o S est inférieur à $S_1 + S_2$. Le fournisseur a commis, en établissant son prix forfaitaire, une erreur à son détriment, mais la révision des prix ne doit pas avoir pour effet de réparer les consé-

séquences de cette erreur. Le surcroît de dépenses à admettre est S'.

» *Hausse des matières.* — Dans la majeure partie des cas, il n'y a pas lieu à plus-value par suite de la hausse des matières. Dès la notification de l'approbation de son marché, le fournisseur doit en effet se couvrir, en ce qui concerne les matières, aux cours prévus par lui lors de la remise de ses offres et pour lesquels il s'est d'ordinaire réservé une option. Toutefois, il se présente des cas où le fournisseur n'a pu agir ainsi, par exemple pour des matières ou objets qui ne peuvent être commandés qu'en cours d'exécution de la fourniture et pour les matières raréfiées ou contingentées qui sont livrées petit à petit, d'après les stocks disponibles ; les cours de ces dernières matières sont d'ailleurs fréquemment imposés par des règlements administratifs, et on se trouve alors dans un cas analogue à celui des augmentations de salaires.

» *Répercussion sur le bénéfice.* — Les plus-values accordées ne doivent subir aucune majoration à titre de bénéfice. Les circonstances invoquées pour obtenir une révision du prix forfaitaire ne peuvent en effet avoir pour résultat de procurer au fournisseur un surcroît de bénéfice ».

Le procès-verbal de la séance étudiait aussi de façon assez approfondie la répercussion de la plus-value sur les frais généraux et donnait à ce sujet des considérations d'ensemble et des directives apparemment précises que nous retrouverons plus tard.

Les propositions du 31 octobre 1918, supérieures à celles du 21 août 1916 parce que plus équitables et plus nuancées, reçurent cette fois l'approbation ministérielle. Par circulaire du 17 janvier 1919 (B. O. n° 3 du 1.2.19, p. 85), le ministre, tout en continuant à ne vouloir établir aucune règle impérative, transmettait aux divers services le procès-verbal du 31 octobre 1918 dont les conclusions « pourraient servir de guide aux administrations locales lors de l'examen des demandes de majorations de prix ».

Les instructions ci-dessus, que nous appellerons désormais *prescriptions de la circulaire du 17 janvier 1919*, furent constamment appliquées les années suivantes pour l'examen et la liquidation de toutes les demandes de plus-values ; elles furent expressément visées par les formules de révision de prix adoptées de 1922 à 1925 ; nous étudierons en détail au chapitre suivant la façon

dont elles furent appliquées et les difficultés qu'elles soulevèrent.

Faisons dès maintenant quelques remarques :

1^o La Commission abandonne son principe mort-né des trois centièmes d'aléas prévisibles ; mais, comme elle se garde bien de définir de façon plus précise ce qu'il faut entendre par « aléa normal », elle laisse, en fait, la porte ouverte à toutes les interprétations.

2^o Elle estime que *la révision pour hausse des matières ne doit être admise qu'exceptionnellement.*

3^o Le raisonnement fait à propos des salaires semble être d'une rigueur mathématique. Nous verrons (chap. III, sect. II) à quelles difficultés se heurte la vérification de S_1 , S' et surtout S_2 ; mais celle de S est absolument impossible. Le fournisseur pourra l'évaluer comme il l'entendra ; les services de la Marine n'auront à ce sujet aucun moyen de contrôle. Le fournisseur indiquera donc toujours une valeur de S inférieure ou égale à $S_1 + S_2$; les premier et deuxième cas ne se présenteront jamais. C'est bien ce qui s'est passé dans la pratique ; les fournisseurs ont présenté en fin de marché de soi-disant devis préalables, établis en réalité pour les besoins de la cause ; c'était inévitable et on ne peut leur reprocher de ne pas s'être mis volontairement dans le cas le plus défavorable pour eux ! Donc, en pratique, on sera toujours dans le troisième cas et le raisonnement tenu, malgré son apparente précision mathématique, se réduira à ceci : « Le surcroît de dépenses à admettre est toujours S' , dépense supplémentaire de main-d'œuvre résultant de l'augmentation de salaires », ce qui est plutôt évident.

En résumé, le procès-verbal du 31 octobre 1918 et la circulaire du 17 janvier 1919 posaient deux questions :

a) Comment déterminer le surcroît effectif de dépenses imposé au fournisseur ?

b) Comment fixer la part de ce surcroît de dépenses qui doit rester à la charge du fournisseur comme entrant dans les aléas normaux des marchés ?

Ils répondaient à la première question par un raisonnement qui, sous une apparence assez poussée, se réduisait en pratique à l'expression d'une simple évidence ; ils laissaient sans aucune réponse la deuxième question.

Appliquée aux conséquences de l'imprévision, cette lacune ne

présentait aucun inconvénient, bien au contraire, puisque toute règle impérative aurait paru transformer en droit une simple mesure gracieuse ; mais elle devait, comme nous le verrons plus loin, conduire à d'inextricables complications pendant les années 1920 à 1926, alors qu'à discussions, pourparlers et marchés se réfèrent presque tous à cette circulaire du 17 janvier 1919, considérée à tort comme la charte indiscutable des révisions de prix.

Au contraire le procès-verbal du 31 octobre 1918 apportait sur la question des frais généraux d'intéressantes précisions, que nous étudierons ultérieurement (chap. III, sect. V).

Au moment où paraissaient les directives précédentes, le problème posé changeait d'aspect ; jusqu'alors les relèvements de salaires étaient le plus souvent imposés par l'Administration (par exemple, révision relative aux patrouilleurs type *Ablette*) ; de telles taxations constituaient, non pas des cas de force majeure, comme on l'a prétendu à tort, mais de véritables faits du prince qui engageaient la responsabilité pécuniaire de l'Administration et donnaient lieu à indemnité (chap. VII, sect. III). Après l'armistice au contraire, l'État ne participe plus directement à l'élaboration des tarifs « auxquels même l'intervention, en qualité d'arbitre choisi par les parties, d'un fonctionnaire, ne peut donner un caractère officiel et impératif ». Tel est l'avis exprimé par la Sous-Commission commune des marchés dans sa séance du 17 avril 1919 ; la Commission conclut donc que les taux de salaire recommencent à dépendre de la loi de l'offre et de la demande et qu'en conséquence *la Marine est fondée, en droit, à refuser toute révision de prix.*

Mais elle ne se montre intransigeante sur le principe que pour bien souligner, une fois de plus, le caractère gracieux de la mesure prise ensuite par elle ; elle décide en effet qu'il est, en pratique, impossible de refuser systématiquement tout relèvement des prix forfaitaires ; car d'une part, la fréquence des augmentations de salaires causées par une situation économique en évolution constante « entraîne, pour des marchés dont l'exécution s'étend sur une période assez longue, des aléas trop considérables pour pouvoir être incorporés, comme autrefois, dans le prix de vente » ; une intransigeance systématique de la Marine conduirait ainsi les fournisseurs à hausser très fortement leurs prix ; et d'autre part, le manque de concur-

rence effective empêche encore de passer outre à leurs demandes. Ce sont là deux motifs que nous retrouverons souvent dans la suite.

Le procès-verbal du 17 avril 1919 était transmis aux services le 11 mai 1919, avec l'approbation ministérielle.

Il est souvent imprudent de vouloir codifier des mesures jusque-là considérées comme exceptionnelles : dans chaque affaire particulière, la Marine continuait bien à spécifier qu'elle accordait une révision à titre de pure bienveillance ; mais les fournisseurs ne manquaient pas de s'appuyer sur la circulaire du 17 janvier 1919 pour réclamer le droit à révision.

L'essai de codification tenté par la Marine aboutissait donc à un double échec : les précisions données étaient trop vagues pour faciliter réellement la tâche des services ; et les fournisseurs considéraient ce document officiel comme une base juridique à leurs demandes d'indemnités.

Cependant les règlements de révision s'effectuaient peu à peu pour les marchés passés pendant la guerre ; la Marine ne refusait toute indemnité qu'en l'absence de justifications valables (patrouilleurs *Equille*, *Lamproie*, *Murène*) ; dans la grande majorité des cas, elle se montrait au contraire fort large ; si elle avait refusé de fixer au chiffre uniforme de 3 % l'aléa restant à la charge du fournisseur, dans la pratique elle était presque aussi généreuse ; et, si elle réduisait légèrement la marge du bénéfice, elle en conservait invariablement le principe ; or, nous l'avons vu, pareille thèse n'a jamais été admise par le Conseil d'État ; tous les arrêts relatifs à l'imprévision ne s'appliquent qu'aux pertes subies et non au manque à gagner.

Ainsi donc, à tous points de vue, *la Marine allait beaucoup plus loin que le Conseil d'État* : tout d'abord, elle révisait presque tous les marchés de fournitures, alors que le Conseil d'État leur refusait la révision ; et les conditions de la révision qu'elle accordait étaient beaucoup plus libérales que celles appliquées par la jurisprudence aux marchés de concession ; elle assimilait entièrement les marchés passés pendant la guerre aux marchés d'avant-guerre ; et non seulement elle ne laissait aucune part du déficit à la charge du fournisseur, mais elle lui assurait même un bénéfice à peine inférieur à celui qu'il avait prévu.

* * *

Les autres ministères suivaient alors des errements analogues : tous exigeaient l'exécution préalable des marchés, mais ils les révisaient ensuite ; la Guerre et l'Armement, plus que tous autres tenaillés par les nécessités, étaient contraints d'accorder largement les révisions demandées ; les P.T.T. accueillaien^t favorablement les demandes d'indemnité qui leur étaient faites à titre gracieux ; les Compagnies de chemins de fer elles-mêmes révisaient leurs marchés d'accord avec leurs fournisseurs ; l'article 33 jouait constamment pour les marchés de travaux publics et, pour éviter la résiliation, les Ponts et Chaussées prenaient à leur charge la totalité de la hausse.

En somme, tous les contrats administratifs tendaient ainsi à se transformer en marchés en régie ; mais l'analogie n'était qu'apparente ; car, si l'Administration endossait tous les risques de hausse, elle assurait aux fournisseurs des bénéfices d'autant plus exagérés que la baisse était plus forte ; l'État était sûr de perdre à tout coup, les fournisseurs pouvaient sans aucun risque amasser des fortunes considérables.

Une bienveillance si constamment manifestée n'allait-elle pas, par la force de l'habitude et malgré toutes les précautions prises à ce sujet pendant la guerre, se transformer insensiblement en règle fixe ? C'est ce que nous allons voir en étudiant la révision dans les marchés passés après la guerre.

SECTION II

Les marchés d'après-guerre : résistance croissante de l'Administration

La croyance générale pendant la guerre, croyance partagée par le ministre des Finances lui-même, était que la hausse des prix ne serait que passagère ; la fin des hostilités devait entraîner une

baisse rapide et le retour à « une situation plus normale ». Cet optimisme ne fit que s'accroître après la victoire et l'armistice ; chacun entrevoyait un âge d'or où une prospérité inouïe serait le juste dédommagement des épreuves passées ; riche des centaines de milliards que « l'Allemagne paierait », auréolée par sa victoire qui en ferait l'arbitre écouté des nations, la France devait connaître une époque de vie facile et de richesses sans effort ; le franc ne pouvait que faire prime sur les autres monnaies et les prix descendre au niveau d'avant guerre, sinon au-dessous... L'imprévision ne jouerait plus en faveur des fournisseurs, mais peut-être en faveur de l'État.

Les fournisseurs abandonnent donc les clauses de révision qui, nous le verrons, s'étaient introduites pendant la guerre et reviennent aux marchés strictement forfaitaires.

Or, contrairement aux prévisions générales, la hausse ne cesse de s'accroître pendant toute l'année 1919 et les neuf premiers mois de 1920 ; les index des prix de gros et de détail passent respectivement de 355 et 248 en janvier 1919 à 600 et 426 en avril-novembre 1920.

L'imprévision renaît de ces cendres, mais toujours à sens unique ; les fournisseurs commencent à l'invoquer pour des marchés signés après la fin des hostilités.

C'est le cas par exemple d'un des plus importants établissements métallurgiques qui, titulaire d'un marché passé le 19 novembre 1919 pour la fourniture d'un moteur à pétrole de 3.000 chevaux, réclame le 20 avril 1920, avant même d'en avoir commencé la fabrication, un supplément de prix qu'il fera connaître en fin de marché ; sa prétention est inadmissible, parce que laissant tous les risques à la charge de la Marine et assurant au fournisseur un bénéfice sans aléa. Aussi le ministre de la Marine répond-il le 20 avril 1920 : « ...Si, au lieu de la hausse que vous me signalez, les matières premières avaient subi une baisse, votre bénéfice aurait pu dépasser notablement le chiffre prévu. La Marine ne vous aurait pas demandé l'abandon, à son profit, du bénéfice supplémentaire ainsi réalisé ; mais si, contrairement à toute vraisemblance, elle avait émis pareille prétention, elle se serait heurtée, sans aucun doute, à un refus absolu.

» Il ne me paraît donc pas possible de vous donner accord sur le principe même de votre réclamation.

» La révision du prix forfaitaire fixé par le cahier des charges serait d'autant moins justifiée que vous avez les moyens de fabriquer, dans vos ateliers, la plupart des matières premières nécessaires à l'exécution de votre fourniture, que vos établissements sont en mesure d'exercer, sur le cours commercial des matières, une influence nullement négligeable et que le relèvement de ces cours n'est pas sans vous procurer, par ailleurs, des bénéfices importants ».

Le fournisseur réplique en invoquant les augmentations de prix causées par l'État lui-même (transports, charbon, etc.) et en affirmant que « les hausses incessantes et générales qui surviennent ne résultent pas d'initiatives d'industriels isolés, mais de délibérations mûrement réfléchies des Chambres syndicales soucieuses du bien public et de l'avenir du pays ».

Quoi qu'il en soit, l'entente ne peut se faire et le marché, dont l'exécution n'était pas commencée, est purement et simplement résilié.

Un autre fournisseur, titulaire d'un marché du 7 octobre 1919, fait une demande analogue ; mais, étant donné l'importance beaucoup plus faible de ses usines, il doit commander ses matières pour chaque marché, alors que le premier les avait d'avance sur parc ; sa requête mérite donc un examen plus approfondi qui fait l'objet de la D.M. 53 C.N.3 du 29 avril 1920 et d'une discussion à la C.C.M.I. le 5 mai 1920.

La Marine continue à affirmer qu'« elle ne saurait accepter une règle dont l'effet serait de mettre à sa charge les pertes résultant des événements malheureux survenus en cours de fabrication tout en laissant au fournisseur le profit des excédents de bénéfice résultant de circonstances favorables » ; elle fait droit, à titre exceptionnel, à la requête du deuxième fournisseur, parce qu'ayant livré des modèles de fonderie avec trois mois de retard, elle est responsable du surcroît de charges imposé à cet industriel ; l'indemnité est donc ici basée sur le cas particulier de faute contractuelle, elle est refusée pour imprévision.

Ainsi, *le système antérieur de la bienveillance administrative est en recul* ; si, pour les marchés d'après-guerre, la Marine n'écartait pas systématiquement toute demande de plus-value, « elle craindrait que certains industriels peu consciencieux ne demandent des majorations de prix, même lorsque les pertes subies sont restées

inférieures à celles contre lesquelles ils s'étaient couverts en établissant leurs devis. Le Département renoncerait donc bénévolement à la sécurité que comporte pour lui un marché à forfait, sécurité qu'il avait sans doute payée fort cher ».

La Marine s'efforce de refermer la porte ouverte en 1914 ; mais la pression des fournisseurs pour élargir l'ouverture ne fait qu'augmenter. Une D.M. 493 C.N.3 du 18 août 1920 signale un nombre de plus en plus considérable de demandes de plus-values.

Cette D.M. donne de nouvelles précisions pour éviter les divergences de vues entre les services : « le Département ne se refuse pas, d'une manière absolue, à indemniser le fournisseur d'une partie de ses dépenses supplémentaires lorsque celles-ci, reconnues justifiées, étaient, en raison de la durée du marché par exemple, impossibles à prévoir au moment de la signature du contrat. Les Services doivent toutefois bien tenir compte de ce fait qu'en l'absence de toute clause de révision des prix, le fournisseur a dû se couvrir très largement contre les aléas et qu'une indemnité ne peut être envisagée que dans la mesure où la plus value dépasse un écart minimum à discuter, dans chaque cas, mais qu'il ne paraît pas exagéré d'évaluer à 10 % au moins de la valeur de la fourniture ».

Nous sommes loin des 3 % proposés en 1916 par divers services ou des 4 % retenus le plus souvent dans les règlements effectués ; la règle posée par la D.M. 493 C.N.3 est juste car, fixant le pourcentage prévisible à une valeur supérieure ou égale au bénéfice, elle supprime toute révision lorsqu'un bénéfice, si faible soit-il, a été réalisé ; mais ce principe, équitable en temps de paix, l'aurait été à fortiori en temps de guerre.

La D.M. susvisée précise enfin que les fournisseurs doivent satisfaire à toutes leurs obligations et que, en principe, ce n'est qu'après exécution complète de leurs marchés qu'il peut être procédé à l'examen de leurs demandes de majoration de prix.

De plus en plus, la Marine essaie de revenir à la lettre des contrats ; les fournisseurs ont pris l'habitude de ne considérer le prix soi-disant forfaitaire que comme une simple indication et cherchent à transformer définitivement les marchés de fournitures en marchés en régie. La Marine s'y oppose et, pour éviter toute discussion ultérieure, prescrit de spécifier nettement dans le texte de chaque

marché s'il est ou non révisable. Par D.M. 713 C.N.3 du 27 juillet 1921 adressée à un grand chantier de constructions navales, elle affirme encore qu'étant donné la complexité des questions posées, les requêtes des industriels continueront à être étudiées par cas d'espèce.

La Marine ne se montre plus large que si la hausse résulte d'une faute contractuelle de l'État ou de sa simple responsabilité : tel sera par exemple le cas des sous-marins type *O'Byrne*, pour lesquels la Marine est responsable du retard ayant occasionné la hausse ; mais la question est alors toute différente.

La crise de 1920-1921 fait rentrer dans l'ombre la théorie de l'imprévision ; l'indice des prix de gros passe de 600 en avril 1920 à 313 en février 1922 ; les indemnités de cherté de vie, parfois même les salaires, baissent assez sensiblement ; les fournisseurs ne font donc aucune demande de plus-value et la Marine s'abstient de faire appel à la théorie de l'imprévision, de l'*imprévision à rebours* si l'on peut ainsi s'exprimer ; et pourtant elle pourrait le faire ; l'argumentation donnée dans un sens est valable dans l'autre, les motifs invoqués sont réversibles ; si un marché conclu en septembre 1920 alors que la tonne de charbon vaut plus de 250 francs est exécuté en 1921-1922, quand elle est descendue jusqu'à 77 francs (ce n'est pas une simple hypothèse, le cas s'est produit), le fournisseur n'a-t-il pas réalisé un bénéfice qui ne pouvait rentrer dans les prévisions des parties ? La baisse n'est-elle pas exceptionnelle, et l'aléa imprévisible ? L'économie du contrat n'a-t-elle pas été bouleversée ?

Et cependant, *il ne semble pas que l'Etat ait jamais demandé une diminution de prix pour cause d'imprévision.*

Les prix recommencent à monter à partir de mars 1922 ; l'indice de gros partant de 313 en février 1922 monte à 555 en février 1924 pour redescendre rapidement à 460 en avril de la même année ; mais, pour des causes que nous n'avons pas à examiner ici, la hausse ne cesse de s'accroître à partir de mai 1924 et l'indice de gros atteint son maximum (854) en juillet 1926.

Plus que jamais, il est fait appel à la théorie de l'imprévision ; les fournisseurs l'invoquent continuellement ; de tous côtés, les

demandes de révision se multiplient. Mais la résistance de la Marine devient aussi de plus en plus vive.

Le titulaire d'un marché passé le 29 juin 1923 pour fourniture du papier nécessaire à l'impression des cartes marines demande au Service hydrographique une indemnité basée sur les variations du change; la Marine refuse en alléguant qu'il ne s'agit pas là d'« événements extraordinaires, déjouant toutes prévisions » et que d'ailleurs un récent arrêt de la Cour de Paris déclare nulle et non avenue une clause de révision d'après les cours du change; et pourtant le fournisseur ne demandait que 30 % de majoration pour une période dans laquelle le papier avait augmenté de 70 %.

Le titulaire d'un marché passé le 21 août 1924 (entreprise de charrois dans un port) demande (D.M. Int. du 29 mai 1926) un relèvement de 50 % des prix inscrits à son contrat pour hausse anormale de divers frais (nourriture et ferrage des chevaux, réparation et entretien des harnais, camions et tombereaux); le service intéressé invoque l'article 1134 du Code civil et constate subsidiairement que la demande du fournisseur est singulièrement tardive, puisqu'elle vise la période commençant le 1^{er} juillet 1925, alors qu'elle n'a été formulée que le 26 avril 1926.

Le titulaire de trois marchés (10 déc. 1925, 12 fév. 1926, 23 av. 1926) pour fourniture de 24.700 paires de chaussures, demande une majoration de prix de 16,44 % pour augmentation des salaires qu'il a dû consentir à ses ouvriers; le service intéressé estime que cette augmentation n'était pas imprévisible; « depuis décembre 1925 en effet, dit-il au ministre, la situation économique du pays est malheureusement assez troublée pour qu'un industriel tant soit peu averti ait tenu compte, en fixant ses prix, des majorations de salaires, de matières, d'impôts, etc., que tout le monde sentait parfaitement inévitables... Si, au lieu de majorations de prix de revient qui, en l'espèce, peuvent rendre l'affaire mauvaise, médiocre ou simplement blanche, les Établissements... avaient par suite d'une réduction sensible de ces mêmes prix de revient, fait une excellente affaire, il est à présumer qu'ils n'auraient pas pris l'initiative de nous offrir une réduction sur le prix contractuel des brodequins ». Ajoutons que l'État n'aurait probablement pas réclamé cette réduction

La Compagnie fermière de Vichy demande le 22 septembre 1926

une augmentation de 30 % sur le prix des bouteilles d'eaux minérales qu'elle fournit au Service de Santé conformément au marché du 6 octobre 1925 (D. M. 564 Santé 1 du 28 sept. 1926) ; la Marine repousse cette demande.

Certains services s'inquiètent, il est vrai, du danger que peut présenter l'application du *summum jus* à une époque où il est nécessaire de ne pas décourager les fournisseurs habituels de la Marine ; l'habitude de trancher toujours les litiges d'après la lettre des marchés éloignerait peut-être des adjudications certains fournisseurs consciencieux ; la principale sauvegarde de la Marine réside dans l'extension de la concurrence qui, malheureusement, se raréfie de plus en plus et continuerait à se raréfier si les services agissaient moins en administrateurs qu'en juristes.

En juin 1926, un service signale qu'étant donné l'accentuation considérable de la hausse, le refus de toute indemnité par la Marine conduira probablement les fournisseurs à s'assurer largement contre les aléas à redouter et par conséquent à hausser fortement leurs prix. Mais il conclut : « placé en face d'une telle situation, un particulier se résignerait peut-être à quitter le terrain du droit pur et à débattre avec son contractant une indemnité amiable basée sur l'équité, et n'engageant d'ailleurs en aucune façon l'avenir. Mais l'Administration ne saurait prendre une telle attitude, dans l'état actuel de nos mœurs, sans risquer d'engager gravement sa responsabilité, ce que sa prudence traditionnelle lui interdit de faire ».

Quelques services basent leur refus sur l'argument suivant : « De nombreux marchés comportent maintenant une clause de révision ; pour ceux qui n'en comportent pas, la révision était donc hors des intentions des parties ; le silence du marché peut être interprété contre la révision ». Cet argument est d'ailleurs contraire à la théorie générale de l'imprévision, qui vise un trouble déjouant tous les calculs possibles au moment de la signature du contrat.

Les services mêmes qui signalent certains motifs de bienveillance estiment que, dans les conditions du moment, il est impossible de l'exercer au détriment du budget.

Ainsi, après la cessation des hostilités, la Marine réagit nettement ; si elle continue à réviser les marchés de guerre non encore liquidés,

elle considère que la période d'extrême bienveillance est passée ; il est temps d'y mettre un terme ; les autres administrations suivent une évolution analogue ; si quelques-unes d'entre elles, comme les grandes compagnies de chemins de fer, continuent pendant quelque temps encore à accorder des révisions sur les marchés d'après-guerre, elle doivent rapidement réagir, pour ne pas s'exposer à des réclamations incessantes et pour éviter des abus certains. Donc, *de plus en plus, l'Administration refuse toute révision* ; elle finit par l'exclure systématiquement, comme le Conseil d'État l'a toujours fait pour les marchés de fournitures.

Mais, chose curieuse à première vue, l'Administration freine avec vigueur au moment même où la jurisprudence tend à s'emballer quelque peu ; ceci peut cependant s'expliquer par le fait que l'administrateur doit régler les affaires rapidement, alors que le facteur temps intervient fort peu pour le juge ; un certain décalage existe toujours entre l'un et l'autre ; les questions de révision se sont posées au premier pendant la guerre, elles n'ont, sauf exception, été soumises au second qu'à partir de 1919.

Vers 1926, l'Administration et le juge se sont rejoints pour refuser la révision à tous les marchés de fournitures.

Mais c'est là une situation qui ne satisfait personne.

D'une part, l'Administration, qui a dû si longtemps réviser tous ses marchés, a gardé de cette époque un mauvais souvenir ; elle a souvent alors endossé les augmentations de toutes sortes, celles qui sont dues aux fautes ou à la prodigalité du fournisseur comme celles qui résultent de circonstances générales communes à tous les industriels ; elle a ensuite eu beaucoup de mal à arrêter le mouvement déclenché par elle ; elle va donc essayer d'empêcher à tout jamais un nouveau départ dans le même sens et croira y parvenir en imposant des *clauses de non-révision*.

D'autre part, le fournisseur, qui ne peut plus compter sur la bienveillance administrative, va chercher un autre moyen pour obtenir satisfaction ; il ne lui en reste plus qu'un : l'insertion de *clauses de révision*.

SECTION III

Essai d'arrêt complet : les clauses de non-révision

Tout d'abord, l'Administration va essayer de fermer définitivement la porte de l'imprévision trop largement et peut-être imprudemment ouverte pendant la guerre : la Dépêche ministérielle 493 C.N. 3 du 18 août 1920 a prescrit de spécifier nettement, « pendant la période anormale en cours », si le marché est strictement forfaitaire ou s'il prévoit la possibilité d'une révision des prix ; la Circulaire 328 C.N. 3 du 19 mai 1925 a insisté sur ce point et décidé que tout marché strictement forfaitaire devait comporter la clause suivante : « Les prix ci-dessus ne sont susceptibles d'aucune révision ». Ces précautions n'ont pas empêché les demandes d'indemnité de se multiplier en 1925-1926 ; d'autre part, il est toujours possible que la clause de non-révision soit omise dans un marché particulier (C.M.C.M., P.V. du 11.2.26).

Aussi la Marine décide-t-elle, en 1926, d'adopter une mesure plus énergique encore : la feuille modificative n° 11, du 10 mars 1926 (J.O. du 13 mars, p. 3.234) ajoute aux conditions générales du 1^{er} juillet 1920, article 2, un paragraphe 5 ainsi conçu : « Les prix inscrits dans les marchés ne sont jamais sujets à révision, à moins que celle-ci ne soit expressement prévue par le texte même du contrat ». En 1933, les nouvelles conditions communes à la Guerre, à la Marine et à l'Air ont adopté ce texte et l'ont complété par la précision suivante : « Il en est ainsi même en cas de guerre » (art. 4, § 2). D'autre part, tous les marchés portent la clause suivante : « Nous déclarons avoir une parfaite connaissance des conditions générales et de leurs feuilles rectificatives et nous nous engageons à nous y conformer en tout ce qui n'est pas contraire aux stipulations qui précèdent ».

La porte paraît donc bien fermée à double tour et toute demande de révision semble désormais impossible.

Est-ce bien certain ? En droit strict, en droit civil, par exemple, la situation de la Marine est maintenant inattaquable et toute

demande d'indemnité est formellement exclue ; mais il en était déjà ainsi auparavant, puisque l'imprévision n'a jamais été reconnue ni par la jurisprudence, ni par la doctrine.

Dans la pratique administrative, les clauses nouvelles constituent évidemment un obstacle infranchissable pour les fournisseurs ; mais la Marine avait déjà auparavant la possibilité d'invoquer les termes des marchés pour refuser, de façon absolue, toute majoration des prix ; et pourtant elle consentait à ces majorations ; ce qu'elle a fait par nécessité ou par bienveillance, elle peut le refaire encore, si elle le juge utile.

Enfin, en droit administratif, la question peut se poser maintenant comme avant : le grand danger de l'imprévision est précisément de supposer que les conventions ne sont valables que *rebus sic stantibus*, quelles qu'en soient les clauses ; la signature d'un avenant pendant la guerre n'empêche pas, nous l'avons vu, d'invoquer l'imprévision relative ; il en est de même quand une clause a prévu ce qui se passerait en cas de hausse (art. 33 des Ponts et Chaussées) ; il en serait donc de même quand il y a une clause de non-révision ; car tous ces cas sont analogues ; dans les uns comme dans les autres, les parties ont entendu fixer définitivement le prix et pourtant il s'est produit ensuite des événements qu'elles n'avaient pas prévus. En fait, nous trouvons à cet égard des arrêts contradictoires : le 27 mars 1920, des clauses spécifiant que le fournisseur ne peut sous aucun prétexte revenir sur les prix consentis par lui sont considérées comme n'empêchant pas d'invoquer l'imprévision (Consorts Féron, R., p. 377) ; mais le 2 février 1923, le Conseil d'État déclare que « le forfait et la renonciation, s'ils ont un caractère tout à fait général et absolu, ne permettent pas, sans violer la commune intention des parties, d'admettre la possibilité d'une nouvelle imprévision » (Châteaudun, R., p. 112) ; puis, le 20 juin 1923, il admet l'imprévision bien qu'il eut été spécifié que le prix ne pourrait être modifié « pour quelque cause que ce fut » (Pillard, R., p. 594). Cette dernière clause est pourtant nette ; mais, si l'on admettait l'imprévision, les arrêts Féron et Pillard seraient très défendables : quelle que soit la généralité d'une clause de révision et son caractère absolu, elle ne peut contenir plus que ce que les parties ont pu prévoir en la signant ; si les prévisions normales sont ensuite dépassées par les événements, l'imprévision joue.

Les clauses de non-révision seraient donc inopérantes si l'imprévision devenait une des grandes théories qui font la base de la jurisprudence administrative ; quelles que soient les précautions prises par l'acheteur, quelles que soient les clauses introduites, si vigoureuses et si précises fussent-elles, le contrat serait toujours attaquant pour dépassement des prévisions normales lors de sa signature.

Heureusement, il n'en est rien ; mais alors *les clauses de non-révision ne font que prémunir l'Administration contre les excès de sa propre bienveillance*, jusqu'à ce qu'une nouvelle et inéluctable contrainte lui ôte à nouveau toute force de résistance ; ce jour-là, comme l'État ne pourra se passer de ses services, le fournisseur en profitera naturellement pour obtenir satisfaction ; mais jusque-là, il n'a rien à espérer ; l'État, trop généreux en temps de guerre, restera toujours intransigeant en cas de dévalorisation monétaire.

Ainsi, *la bienveillance administrative est à éclipses* : très exagérée à certains moments, inexistante à d'autres, elle n'offre au fournisseur aucune garantie de sécurité. Elle peut même devenir pour lui un danger ; car l'État pourrait un jour l'invoquer en réclamant une diminution du prix quand il y a baisse des cours.

La pratique administrative ne résout guère plus que la jurisprudence le problème posé au début de cette étude

Le fournisseur est donc naturellement conduit à chercher autre chose : puisque l'Administration ne lui accorde une indemnité que lorsqu'elle le veut bien, il va demander qu'on lui reconnaisse expressément le droit à révision lorsque la hausse s'amplifie ; puisque l'imprévision ne lui fournit habituellement qu'une ressource aléatoire, il va, si l'on peut dire, en réclamer la prévision par le contrat lui-même.

Et, comme il n'est jamais bien avantageux de compter sur la bienveillance d'autrui, comme il vaut toujours mieux transformer en droit ce qui n'est qu'une habitude, c'est dès le temps de guerre, au moment pourtant où il obtient ce qu'il veut, que le fournisseur va demander d'abord, exiger ensuite l'insertion de clauses de révision dans les marchés.

SECTION IV

**Règlementation par le contrat :
l'introduction progressive des clauses de révision**

Ces clauses étaient, en fait, absentes des marchés administratifs avant la guerre.

Nous avons vu que l'article 33 des marchés de travaux publics et la référence aux décrets Millerand ne sauraient leur être assimilés. Toutes différentes sont également les clauses contenues dans certains marchés passés dès la Restauration par le Département de la Guerre : les unes mettent à la charge de l'État les dommages résultant de certains cas de force majeure limitativement précisés, tels que l'inondation et l'incendie (1.12.1819, Collas, S., 1819-1821. 2. 157 ; 4.7.24, Sollier, R., p. 414), la prise ou la destruction par l'ennemi (1.9.25, Lisfranc et Laas, R., p. 541), les épizooties dans les parcs à bestiaux (22.2.26, Cassabois, R., p. 111) ; elles doivent être interprétées restrictivement et ne s'appliquent pas à d'autres cas de force majeure tels que la gelée (arrêt Sollier) ou les intempéries (arrêt Cassabois) ; ce sont là des modalités conventionnelles ordinaires sur la mise de certains cas fortuits à la charge d'un des contractants ; d'autres clauses, sans limiter les cas de force majeure, prévoient seulement qu'une indemnité « pourra » être accordée au fournisseur ; elles ajoutent parfois aux causes possibles d'indemnité le « rassemblement considérable de troupes », mais ne peuvent s'appliquer aux cas de force majeure que si toutes les caractéristiques en sont réunies (17.6.48, Trémerel, R., p. 377 ; 14.5.75, Serp et Massart, R., p. 477 ; 24.12.80, Becker, R., p. 1075, etc.) ; elles ne s'appliquent pas au simple renchérissement considéré en lui-même (19.6.56, Dubourg, R., p. 432 ; 26.8.58, Mayer, R., p. 608) ou causé par des événements économiques quelconques (20.6.37, Mauguin, R., p. 257) ; la grippe elle-même n'est pas considérée comme un cas de force majeure bien que, dit le Conseil d'État, « elle ait été jusque-là inconnue en France et n'ait pas même encore eu de nom dans la science médicale » (27.5.39, Lafitte, R., p. 300) ; la Guerre avait parfois été jusqu'à généraliser de telles clauses en

les insérant dans des conditions générales ; tel était par exemple le cas de l'article 335 du règlement du 1^{er} avril 1831, applicable à l'arrêt Trémerel susvisé ou de l'article 28 des Ponts et Chaussées (chap. I, sect. II, A, a) ; tel est aussi le cas de l'article 38 du cahier des clauses et conditions générales du 16 février 1903 : « si, dit cet article, les conditions du marché ont été profondément modifiées du fait de la guerre, l'entrepreneur est admis à réclamer au ministre, sauf recours au Conseil d'État, soit la résiliation pure et simple du traité, soit le paiement d'une indemnité équitable » ; mais il ne précise nullement quand les conditions peuvent être considérées comme « profondément » modifiées ou en quoi consiste une indemnité « équitable » ; il est trop vague pour guider soit les parties soit les tribunaux ; il est inapplicable aux marchés passés pendant la guerre (C. E., 9.11.21, Société des carbures, R., p. 918) ; ce n'est donc pas une clause de révision proprement dite, mais une invitation faite aux parties d'engager la conversation dans certaines circonstances exceptionnelles ; par ailleurs, l'article 47 des mêmes conditions générales précisait que « les variations dans les cours commerciaux des objets, matières premières et denrées étant des aléas inhérents à tous les marchés dont il s'agit ne donneraient lieu, en aucun cas, à une révision des prix consentis par les titulaires de ces marchés ».

Pratiquement inexistantes avant la guerre, les clauses de révision n'étaient pas alors réclamées par les fournisseurs ; les variations de salaires étaient insignifiantes pendant la durée d'exécution d'un marché ; les variations de prix, quoique plus importantes, restaient néanmoins dans des limites relativement étroites et ceci d'autant plus que, contrairement aux salaires, les achats de matières ne s'étendent que sur les premiers mois d'une fabrication ; les unes et les autres rentraient dans les aléas normaux du marché ; suivant le cas, elles étaient susceptibles d'avantager soit le fournisseur soit l'État.

Strictement forfaitaires avant la guerre, les marchés administratifs le restèrent jusqu'en 1917 ; mais à cette époque, les augmentations de salaires devinrent de plus en plus fréquentes ; d'autre part, elles ne résultaient plus alors de la loi de l'offre et de la de-

mande ni même de conventions collectives, elles avaient une origine administrative ; c'est le ministre de l'Armement qui fixait les salaires et les imposait aux industriels ; ceux-ci refusèrent donc de traiter avec un contractant qui avait tout pouvoir d'augmenter à sa guise les prix de revient ; certes, ils étaient généralement dédommagés de leurs dépenses supplémentaires mais ils ne voulaient plus dépendre de la bienveillance administrative ; ils préféraient la sûreté d'un engagement formel.

Ainsi, *c'est par le détour de l'aléa administratif que les clauses de révision vont peu à peu s'introduire dans les marchés*, puis s'étendre à l'aléa économique. Nous allons le constater en continuant à examiner ce qui s'est passé à ce point de vue pour les marchés de la Marine.

En juin 1917, la Société des Chantiers de Provence est en pourparlers pour la construction de navires patrouilleurs ; mais la question des tarifs de salaires n'est pas encore réglée dans les Bouches-du-Rhône ; aussi la Société demande-t-elle, « en raison de l'incertitude qui plane encore sur ces tarifs et de la variation incessante dont ils sont l'objet, que le marché à intervenir précise que le prix stipulé est établi dans l'hypothèse de l'application à Marseille et à Port-de-Bouc des tarifs de salaires au 11 juin 1917 et que, en cas de non-application ou de variation de ces tarifs, au cours de l'exécution du marché, ces prix seront révisés de manière à tenir compte des tarifs qui seront réellement appliqués ». La C.C.M.I., dans sa séance du 4 juillet 1917, l'inspecteur général des Constructions navales par rapport du 13 juillet 1917 estiment que cette proposition peut être acceptée et « qu'elle présente même pour la Marine l'avantage de ne pas obliger les constructeurs à se mettre à couvert par une majoration de prix arbitraire contre des variations possibles de tarifs de salaires ». Par D.M. 23.168 du 13 juillet 1917, l'amiral Lacaze, ministre de la Marine, approuve ces propositions ; pour la première fois, la Marine signe un marché de fournitures avec clause formelle de révision de prix en fonction des salaires ; nous ne pouvons en effet considérer comme clauses formelles celles qui se réfèrent aux décrets Millerand, puisqu'alors la révision n'a lieu que si l'État y consent, en relevant lui-même les salaires suivant une procédure bien déterminée.

Le principe étant admis par la D.M. 23.168, de nombreux four-

nisseurs en demandèrent l'application et la clause de révision s'introduisit habituellement dans les marchés ; elle était généralement rédigée de la façon suivante : « Les prix ci-dessus sont établis dans l'hypothèse de l'application à nos chantiers de... des tarifs de salaires établis par les ministres de l'Armement et de la Marine et en vigueur à la date de signature du présent marché. En cas de modification ultérieure de ces tarifs, un acte additionnel réglera, sur production par nous des justifications nécessaires, les nouvelles conditions de prix qui en résulteront pour la présente fourniture ».

Les marchés ne contenaient alors aucune révision en fonction du prix des matières premières car la Marine fournissait généralement celles-ci et les achats privés étaient pratiquement impossibles.

Après l'armistice, les fournisseurs continuent à réclamer une clause de révision en fonction des salaires ; car, si ces derniers cessent d'être fixés administrativement, ils restent très instables ; la baisse du franc entraîne la hausse du coût de la vie ; les ouvriers exigent des augmentations fréquentes.

La Sous-Commission commune des Marchés examine les demandes des fournisseurs dans sa séance du 17 avril 1919 ; elle constate que la Marine n'a pas encore la possibilité d'imposer et de maintenir le forfait ; mais elle ne se dissimule pas le danger que présentent pour l'État les clauses de révision de prix : « Par suite du manque de concurrence, les fournisseurs ne sont pas obligés aussi impérieusement que par le passé à empêcher l'accroissement de leurs prix de revient ; couverts d'une part dans leurs marchés contre les hausses de salaires, gênés d'autre part par la création de chantiers nouveaux qui cherchent à leur enlever la main-d'œuvre, ils peuvent avoir tendance à ne pas résister autant qu'il conviendrait aux réclamations dont ils sont l'objet de la part de leurs ouvriers ».

Comme conclusion, la Sous-Commission commune des Marchés se résigne à maintenir provisoirement les clauses de révision de prix ; elle les considère comme un moindre mal, à défaut duquel les fournisseurs n'accepteraient que des marchés en régie, beaucoup plus dangereux pour la Marine.

Elle demande que la clause ne fasse plus mention de salaires

imposés administrativement, puisque l'État abandonne son pouvoir réglementaire à cet égard, mais se réfère à l'article 3 du décret du 10 août 1899.

Par D.M. 420 C.N.3 du 11 mai 1919, le ministre approuve ces propositions et prescrit aux Services d'en tenir compte.

La Sous-Commission « appelait aussi l'attention du ministre sur le danger que présentent les interventions de certains services publics en vue de l'augmentation des salaires. De pareilles interventions ne devraient jamais être faites sans entente préalable avec les diverses administrations susceptibles d'en subir la répercussion. Le mieux, d'ailleurs, est que les Services se bornent à constater les taux de salaires moyens ; ils sortiraient de leur rôle en demandant aux industriels l'insertion dans leurs marchés de bordereaux de salaires notablement plus élevés que ceux pratiqués couramment dans la région ».

Ces sages recommandations étaient particulièrement justifiées à l'époque où Gouvernement et Parlement rivalisaient de générosité envers toutes les catégories de citoyens (pécule à tous les démobilisés même non-combattants, dommages de guerre, pensions, loi de 8 h., etc.) ; ils y étaient encouragés par l'illusion générale d'une période facile de prospérité illimitée et l'assurance du ministre des Finances lui-même que « l'Allemagne paierait » toutes les dépenses ! Mais ces conseils conservent toute leur valeur et nous verrons que le ministère du Travail, toujours poussé aux réformes sociales les plus généreuses et les plus hardies — il est dans son rôle, on ne peut que l'en louer — ne se rend généralement aucun compte des répercussions de ces réformes sur le budget des autres ministères.

Donc, à partir de mai 1919, la Marine insiste auprès de chaque fournisseur pour obtenir l'acceptation de prix fermes ; quand elle est forcée d'insérer une clause de révision, elle se réfère aux décrets du 10 août 1899. On aurait pu croire qu'elle avait là une idée machiavélique et se proposait, conformément à la jurisprudence constante du Conseil d'État, de refuser toute révision chaque fois que le bordereau de salaires n'aurait pas été modifié au préalable et même d'écarter la révision en refusant la modification du bordereau. Rassurons-nous : les intentions de la Marine étaient pures ; jamais dans la suite elle ne s'est réfugiée derrière la jurisprudence du Conseil d'État et la non-modification du bordereau ; elle a

systématiquement abandonné les modalités du décret auquel elle se référait de façon expresse, elle les a toujours appliquées dans un sens très large, absolument contraire à leur lettre même.

Les clauses de révision « matières » n'ont pas encore fait leur apparition dans les marchés, mais à partir du début de 1920 les fournisseurs en réclament également ; les prix ne cessent en effet de monter, l'indice de gros atteint 600 en avril 1920 et les demandes se font de plus en plus pressantes. Par exemple, les Établissements Schneider écrivent le 25 mars 1920 : « La Marine n'admettant pas l'insertion dans ses contrats de formules de correction pour la révision du prix d'après les cours des matières, des combustibles et de la main-d'œuvre, nous avons dû traiter ferme, contrairement aux usages actuellement établis pour les marchés passés avec certaines administrations de l'État (Reconstitution industrielle, Marine marchande) ». Le 29 avril 1920, ils insistent : « La plupart des grandes administrations (en dehors de la Marine nationale) ont admis l'impossibilité de maintenir plusieurs mois des prix fermes, et ont inscrit dans leurs marchés des formules forfaitaires de révision de prix ». Cette affirmation est inexacte ; les industriels ne pouvaient citer que deux cas très particuliers de révision ; en réalité, presque tous les ministères proscrivaient formellement les marchés révisables, mais les fournisseurs ont toujours tendance à opposer les uns aux autres les diverses administrations ; ils sont ainsi dans leur rôle et l'État ne pourrait empêcher de pareilles oppositions qu'en imposant l'unité de vues à ses divers services ; or, chacun sait qu'autant chaque service de l'administration française est hiérarchisé et centralisé, autant les cloisons sont étanches d'un département ministériel à l'autre... Nous en avons rencontré et en rencontrerons maint exemple au cours de cette étude.

La Marine résiste d'abord ; le ministre écrit à Brest (20 C.N.4 du 4.3.20) que les précédents étaient justifiés par les circonstances exceptionnelles du temps de guerre mais qu'« il y a le plus grand intérêt, pour la Marine, à revenir aussi rapidement et aussi complètement que possible au marché à forfait qui lui donne seul toutes les garanties désirables » ; le 8 mars 1920 (23 C.N.4), il estime que les demandes de clauses de révision constituent une des nombreuses tentatives déjà faites pour acheminer la Marine vers la substitution

du marché en régie au marché forfaitaire, substitution à laquelle le Département s'est toujours refusé jusque-là, sauf quand il y a été obligé pendant la guerre, car « le marché en régie se prête à de graves abus et enlève à la Marine toute garantie sérieuse en ce qui concerne les prix et les délais de livraison ».

Mais, sur l'insistance des fournisseurs, *quelques administrations*, en France ou à l'étranger, *commencent à utiliser des clauses de révision* ; la Marine marchande est la première à introduire des clauses automatiques détaillées (marché passé avec les Chantiers de Provence pour la construction de paquebots type *Duc d'Aumale*, commande de cargos par les Chargeurs Réunis aux Chantiers de la Loire) ; la Marine militaire des États-Unis, à la suite de l'insuccès d'un premier appel pour la construction d'unités nouvelles, admet un type de contrat basé sur le paiement du prix de revient (calculé sans doute au moyen d'un taux forfaitaire de frais généraux) et assurant à l'entrepreneur :

1° un bénéfice fixe forfaitaire, égal à 10 % d'un prix de base conventionnel inscrit dans le marché ;

2° une prime égale au tiers de l'économie éventuelle réalisée par rapport à ce prix de base.

Ces modalités ont pour but de tempérer les inconvénients du marché en régie, mais elles ne paraissent susceptibles de fournir que des données assez illusoires.

La question des clauses de révision est donc lancée et la Marine étudie en détail s'il convient de les adopter pour les marchés à passer en exécution du programme naval alors soumis au Parlement.

Elle admet d'abord, dans certains marchés de construction de bâtiments, une révision basée sur le prix des principales matières, « le fournisseur pouvant être amené, par des circonstances indépendantes de sa volonté, à les acquérir à un prix différent de celui qu'il avait admis dans son devis initial » (23 C.N.4 du 8.3.20) ; les prix initiaux sont explicitement prévus au marché ; et la révision n'est admise qu'après exécution complète de la fourniture et sur justifications précises présentées par le titulaire. Cette solution semble avoir été introduite en premier lieu dans le marché du 28 janvier 1920 relatif à la fourniture, par la Société anonyme des For-

ges et Chantiers de la Méditerranée, de trois gabares à vapeur type *Vulcain*.

En mars 1920, la C.C.M.I. l'adopte définitivement car elle a « l'avantage de conserver aux marchés leur caractère forfaitaire, tandis que les formules automatiques de la Marine marchande tendent à aboutir à des sortes de marchés en régie, présentant les inconvénients déjà signalés ». Le ministre approuve ces propositions (24 C.N.4 du 22.3.20 et Circ. 493 C.N.3 du 18.8.20) et recommande à ses services de les appliquer toutes les fois qu'il n'est pas possible d'obtenir des prix fermes non révisables.

Donc, à cette époque, la Marine conserve une préférence marquée pour les prix fermes ; elle admet les clauses de révision sur justifications quand elle ne peut faire autrement (depuis juillet 1917 pour la main-d'œuvre, depuis mars 1920 pour les matières) ; elle se refuse à introduire des clauses automatiques.

Mais en avril 1920, la hausse s'accélère, les demandes de révision deviennent de plus en plus nombreuses ; par D.M. 53 C.N.3 du 29 avril 1920, le ministre de la Marine expose tous les inconvénients de la révision accordée par bienveillance et il conclut : « On peut se demander s'il ne serait pas alors plus avantageux d'introduire d'office, et non plus seulement sur la demande formelle des fournisseurs, dans tous les marchés à passer à l'avenir, une clause analogue à celle que la C.C.M.I. a insérée dans un certain nombre de marchés récents, prévoyant les circonstances dans lesquelles elle doit avoir lieu et les règles suivant lesquelles elle sera alors effectuée. Une clause de ce genre, garantissant les fournisseurs contre une hausse excessive des salaires ou des cours commerciaux, les conduirait sans doute à modérer leurs prix de soumission et permettrait à la Marine d'exiger une réduction du prix forfaitaire dans le cas où une baisse des cours surviendrait ».

La C.C.M.I. examine la question le 5 mai 1920 ; elle décide d'admettre « pendant la période anormale actuelle » les deux clauses de révision chaque fois que la durée du marché en cause et la nature de la fourniture le justifient. Dans les autres cas (achat d'un appareil dont la construction se trouve déjà avancée ou d'objets livrables dans un court délai), il sera précisé qu'il n'y a lieu à aucune révision.

La crise de 1920 commence en avril ; l'indice de prix de gros

baisse rapidement et descend de 600 à 313 en février 1922. Par D.M. 656 C.N.3 du 8 novembre 1920, le ministre de la Marine rappelle que les fournisseurs n'ont pas manqué de se prévaloir des clauses de révision chaque fois qu'elles leur ont été favorables ; « la Marine se trouve donc fondée, à titre de réciprocité, à réclamer la révision des prix forfaitaires, dans tous les cas où la baisse constatée dépasse la marge contractuelle fixée ».

Naturellement, en ce qui concerne les nouveaux marchés, *les fournisseurs ne réclament plus de clauses de révision* ; il semble que l'État devrait insister pour leur maintien, au moment où elles commenceraient à lui être favorables ; il n'en est rien ; jusqu'alors, il n'a admis les clauses que contraint et forcé ; il ne demande qu'à s'en débarrasser et croit que leur abandon pendant quelques mois lui procurera ce résultat ; peut-être aussi certains esprits clairvoyants ne partagent-ils pas l'illusion générale et songent-ils à l'avantage que présenteront les prix forfaitaires le jour inévitable où la hausse reprendra.

Quoi qu'il en soit, le ministre des Finances (Direction du budget et du contrôle financier), par lettre 2036 du 15 avril 1921 et 3241 du 23 juin 1921, appelle l'attention des autres départements sur l'intérêt que présenterait le retour à l'application stricte des « règles traditionnelles » en ce qui concerne les marchés de fournitures et de travaux ; il leur demande des renseignements sur les pratiques adoptées par eux au cours des dernières années en ce qui concerne les clauses de révision de prix insérées dans les marchés forfaitaires.

Nous retrouvons ici un deuxième essai en vue d'uniformiser les règles suivies par les divers ministères.

Le ministre de la Marine répond au ministre des Finances par lettre 1121 Int. 4 du 3 octobre 1921 en faisant remarquer qu'aucune prescription réglementaire n'est opposable à la pratique des marchés à prix révisables. Bien au contraire, si le décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'État est muet à ce sujet, le décret du 10 août 1899 vise expressément la révision des prix en fonction des salaires ; en ce qui concerne les matières, le ministre rappelle que la Marine emploie, dans certains cas, depuis 1907, des marchés à prix automatiquement variables suivant le cours des métaux ; il donne quelques indications très sommaires sur l'état actuel de la question et

précise que son Département n'a jamais envisagé les seules majorations de prix, mais bien des variations en plus ou en moins. Il termine ainsi : « En ce qui concerne les errements à suivre désormais, j'estime donc que le moment n'est pas encore venu de renoncer, pour les marchés d'une certaine durée, à une clause qui, réclamée par les fournisseurs pendant la période de hausse constante, se trouve être devenue à l'heure actuelle tout à l'avantage de la Marine et cela tant que la continuation de la baisse générale des salaires et des cours des matériaux peut être escomptée ».

La Marine, qui jusque-là avait toujours été franchement hostile aux clauses de révision, leur est devenue tout à fait favorable ; peut-être même sa conversion est-elle exagérée par sa lettre du 3 octobre 1921, pour bien montrer à un autre ministère, assez osé pour se mêler des affaires du voisin, que la Marine a ses idées à elle et n'entend nullement les changer.

Mais, au fond, elle est si peu convertie qu'elle continue à repousser les clauses de révision, chaque fois que faire se peut ; c'est ainsi que de très importants marchés, passés jusqu'à la fin de juin 1922 (appareils moteurs pour sous-marins, marchés des 14 et 21. 6.22) ne comportent que des prix strictement forfaitaires. La Marine n'eut ensuite qu'à s'en féliciter, les prix ayant recommencé à monter dès juillet 1922.

L'indice de gros, venant de 332, n'est encore qu'à 344 en octobre ; mais les industriels craignent la continuation de la hausse ; aussi, lorsque les marchés des bâtiments de la première tranche du programme naval sont discutés en ce mois d'octobre 1922, tous les constructeurs demandent-ils la réintroduction d'une clause de révision. La C.C.M.I. en accepte le principe dans sa séance du 31 octobre 1922 ; elle maintient bien sa préférence pour les prix fermes ; mais elle estime que « la *tension des changes*, l'incertitude de la situation industrielle, les tendances du marché de la main-d'œuvre justifient l'impossibilité pour les industriels de prendre des engagements absolument fermes pour des marchés dont l'exécution doit demander plus de deux ans ».

De longues discussions s'engagent entre la Chambre syndicale et la C.C.M.I. ; elles aboutissent à la *clause-type qui sera insérée dans tous les marchés à prix révisibles passés de 1922 à 1925*.

Nous n'en indiquerons pas le texte complet, mais seulement les principes généraux :

1^o Il ne peut être procédé à une révision éventuelle que si la variation de la valeur de l'un au moins des éléments indiqués au marché dépasse un certain pourcentage, chiffré d'avance, de la valeur initiale de cet élément.

2^o Cette révision n'a lieu qu'après exécution de la fourniture, sur les bases fixées par la circulaire du 17 janvier 1919.

3^o Elle nécessite la production complète par le fournisseur de toutes les justifications utiles.

4^o Elle n'est pas automatique et nécessite la signature mutuelle d'un acte additionnel.

5^o Les éléments qui déterminent la révision sont les salaires, les tôles de construction en acier, le cuivre en lingots propre au laiton, la fonte hématite française, le charbon de forge, les tarifs de transport.

Cette clause est discutée par la C.C.M.I. dans sa séance du 29 novembre 1922.

Le représentant du Contrôle préférerait la révision par application des textes réglementaires d'avant guerre (décrets de 1899 et art. 33 des travaux publics de la Marine) ; le président lui fait observer que ces textes ne sont applicables qu'aux marchés d'entreprises et non pas aux fournitures (en réalité, les décrets Millerand, non appliqués aux marchés de fournitures, leur sont applicables).

Le représentant du Commissariat émet l'avis que, dans le but d'intéresser le fournisseur à résister aux demandes d'augmentation de salaires, une part, si petite soit-elle, de ces augmentations soit laissée à sa charge ; le président répond qu'après un mois de discussion avec les fournisseurs il est temps d'aboutir et qu'au surplus la formule proposée n'est que l'application au cas complexe des fournitures importantes, telles que celles d'un bâtiment, de la clause insérée dans certains marchés depuis quatre ans et approuvée par le ministre. D'ailleurs, les salaires sont le plus souvent régionaux et fixés par des Commissions mixtes ; la Marine n'est pour les fournisseurs en question qu'un client assez peu important, en sorte que ses commandes ne peuvent les inciter à laisser se développer dans le marché de la main-d'œuvre une hausse qui se répercuterait sur leurs prix de revient divers.

Finalement la clause est adoptée sans modification par la Commission puis approuvée par le ministre ; elle restera en vigueur jusqu'en 1926.

Elle paraît alors, suffisamment claire et précise et susceptible d'éviter toute discussion avec les fournisseurs ; nous allons voir ce qu'il en est en étudiant les modalités d'application des clauses de principe usitées de 1917 à 1926.

CHAPITRE III

Les clauses de principe

Qu'entendons-nous au juste par « clauses de principe » ?

Ce sont des clauses qui précisent exactement les conditions auxquelles il y aura révision, mais non les modalités exactes de cette révision.

Nous écartons ainsi les marchés en régie qui suivent les variations des prix, mais ne conduisent à aucune révision proprement dite, puisqu'aucun forfait n'a été convenu.

Nous écartons également les clauses qui ne précisent pas exactement quand il y aura révision : telles sont, nous l'avons vu (chap. II, sect. IV), certaines clauses introduites par le ministère de la Guerre (art. 38 des Conditions du 16.2.03, art. 39 des Cond. du 1.8.21).

Nous écartons enfin les clauses qui prévoient les modalités exactes de la révision et que nous étudierons ultérieurement sous le nom de clauses automatiques.

La première question qui se pose est donc celle de savoir *s'il y a révision et sur quoi porte cette révision.*

Elle se résout en appliquant les principes généraux d'interprétation des contrats.

Par exemple, d'après l'article 1163 du Code civil : « Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter ». Ainsi, une clause

d'un marché de concession, passé en 1861 prévoyait que, « en cas de guerre avec l'Angleterre, le prix du gaz serait augmenté en proportion du prix du charbon » ; il a été jugé « que cette disposition parfaitement claire excluait le cas d'une guerre même maritime avec une puissance autre que l'Angleterre » (Soc. normande c. ville Trouville, C. E., 7.1.21).

De même, des clauses prévoyant une réduction du prix en cas de baisse de certains éléments ne permettent nullement au fournisseur de soutenir qu'il a droit à une révision du prix si lesdits éléments ont subi une hausse (Soc. des phares Ducellier, 28.6.22, R., p. 557 ; Soc. vierzonnaise de constr., 3.8.22, R., p. 702).

De même encore, des clauses prévoyant une révision en fonction de certains éléments n'entraînent nullement révision en fonction d'autres éléments, non nommément cités ; du fait que certains d'entre eux ont été désignés, on peut même généralement conclure que les parties ont entendu borner la révision à ceux-là et exclure les autres (min. Just. c. sieur Armaing, 8.4.27, R., p. 474) ; la solution est identique même si une circulaire ministérielle antérieure au marché, mais non citée par lui, a prévu la révision générale des prix de toutes les matières (C. E., 14.12.27, Graveron et Allary, R., p. 1216) ; au contraire, une clause provisoire, établie dans l'attente de formules officielles à intervenir, tombe dès la publication desdites formules (C. E., 24.6.27, Ville de Castelnau-dary, R., p. 703).

Supposons donc que la révision soit prévue en fonction d'un élément déterminé ; *est-elle obligatoire* ? Oui, si la clause le dit expressément ; non, si elle indique une simple possibilité. Par exemple, une clause prévoyait que des livraisons de papier à l'Imprimerie nationale, au fur et à mesure des commandes, auraient lieu à un prix basé sur le cours de 150 francs la tonne de charbon et précisait que, « dans le cas où ce combustible subirait un accroissement de prix, les fournisseurs se réservaient de demander une majoration ; ils fourniraient à cet effet toutes les justifications nécessaires ». Le Conseil d'État a jugé que cette clause n'impliquait pas une majoration automatique du prix du papier en cas de hausse du prix du charbon ; mais que, d'après la volonté commune des parties, les fournisseurs étaient, au contraire, tenus de faire connaître à l'Ad-

ministration leur intention de demander une majoration déterminée au moment où chaque nouvelle commande partielle leur était transmise (27.4.21, Dumoulin, R., p. 410). Il y a seulement faculté de révision, comme pour les clauses de la Guerre, et non obligation ; il n'y a donc pas clause de principe.

L'augmentation résultant de la hausse d'une matière et la diminution résultant de la baisse d'une autre matière peuvent entrer en compensation, même si l'une des créances est liquide et l'autre contestée : le cas a été jugé en ce qui concerne l'or et l'argent nécessaire aux insignes de la Légion d'honneur (C.E., 27.2.29, Soc. des Ets Louis Aucoc Fils et Georges Aucoc, R., p. 249).

Que faut-il entendre par la clause suivante : « Il sera tenu compte aux entrepreneurs des majorations quelles qu'elles soient résultant de l'état de guerre » (affaire des Grands Bassins de radoub de Toulon, acte add. du 6.12.16 au marché du 15.9.11) ? Le Conseil d'État a décidé (arrêts des 5 mai 26 et 9 janv. 30) que l'expression ci-dessus, malgré sa généralité, ne pouvait conduire à indemniser les dépenses supplémentaires résultant des causes suivantes : interruption de dragages par suite du manque de charbon, moindre valeur professionnelle des ouvriers recrutés pendant la guerre, intérêts à payer sur sommes à découvert, crise charbonnière aiguë, retards dans les livraisons de tôles par l'État ; mais que seules devaient être remboursées les majorations, par suite de l'état de guerre, des prix primitifs du marché ; ces dernières comprenaient en particulier les majorations de primes d'assurances pour risques de bombardement ; la Marine avait refusé de rembourser ces dernières, qu'elle estimait consenties à la légère pour des travaux exécutés à 1.000 kilomètres du front ; mais le Conseil d'État lui donna tort.

De même, si une clause met à la charge de l'Administration « les chances de guerre », les parties ont ainsi envisagé uniquement les conséquences directes des actes d'hostilité, et non pas les répercussions économiques que la guerre a pu entraîner (C.E., 9.5.24, Messageries fluviales de Cochinchine, R., p. 452).

Ces considérations générales étant données, nous allons étudier les clauses de principe dans les marchés de la Marine : nous les

étudierons ainsi dans tous les marchés administratifs car aucune administration ne les a employées de façon suivie.

Certes, des révisions en fonction des salaires ou des matières sont fréquemment prévues dans certaines entreprises de longue durée (installation ou entretien de réseaux électriques, cylindrages de routes, ballastage de voies ferrées, etc.) ; mais nous mettons à part les marchés de travaux publics qui suivent des règles spéciales, quelle que soit d'ailleurs l'administration qui les a passés, Ponts et Chaussées ou Génie, Travaux maritimes ou Service de la voie des compagnies de chemin de fer, Ville de Paris, Services chargés dans chaque ministère de la construction des bâtiments, etc. ; ces marchés conservent toujours un caractère en quelque sorte intermédiaire entre la régie et le forfait proprement dit ; les révisions qu'ils édictent sont donc fréquemment basées sur les dépenses réelles effectuées ; elles ne rentrent pas dans notre étude, spécialement consacrée aux clauses de révision proprement dites dans les marchés strictement forfaitaires et, en particulier, dans les marchés de fournitures.

Ceci posé, nous avons vu que toutes les administrations avaient, pendant la guerre, révisé leurs marchés par simple mesure de bienveillance ; nous verrons que beaucoup d'entre elles ont, pendant la grande crise monétaire, utilisé les clauses automatiques ; nous en avons déjà rencontré, avec la Marine marchande, un exemple isolé ; mais *seule la Marine de guerre a suivi toute l'évolution logique*, seule elle a fait l'expérience complète et prolongée des clauses de principe avant de passer aux clauses automatiques ; et c'est pourquoi une étude générale des clauses de révision dans tous les marchés administratifs devait nécessairement se baser sur l'exemple particulier de la Marine.

SECTION I

Les principaux éléments des clauses

Introduites dans des milliers de marchés, les clauses de principe comportent de multiples variétés ; nous ne tiendrons pas compte

des différences de forme, nous ne nous attacherons qu'aux différences de fond.

En décrivant l'introduction des clauses de 1917 à 1926, nous en avons rencontré deux textes principaux :

Le premier se base sur les décrets du 10 août 1899. Cette référence pourrait paraître superflue, puisque les décrets sont expressément nommés dans le titre de l'article 3 des Conditions générales ; mais leur application n'en est pas moins très discutable en l'absence d'indication précise dans le texte du marché car ils ne sont pas cités par l'article 3 lui-même, dont les 1^{er} et 2^e paragraphes peuvent prêter à des conclusions contradictoires ; et, d'autre part, la Marine a prétendu que l'application des décrets entraînait pour le fournisseur l'obligation de payer à ses ouvriers les salaires normaux mais ne lui donnait droit à révision que si un bordereau était joint au marché et si les variations limites des salaires étaient précisées (ch. I, sect. II, B). La référence aux décrets et la fixation des variations limites n'étaient donc aucunement superflues. Nous avons constaté qu'en fait, lorsque les décrets étaient expressément mentionnés, la Marine n'avait jamais invoqué ni l'absence de bordereaux ni, à fortiori, leur modification en dehors de l'initiative de l'État, pour refuser la révision. Alors pourquoi les premières clauses de révision se sont-elles longtemps basées sur les décrets ? Il semble que ce soit simplement une précaution pour pouvoir justifier ces clauses (v. chap. II, sect. IV) et rassurer sur leur légalité ceux qu'effraierait cette innovation assez hardie. Mais parapluie commode en cas d'averse, les décrets sont repliés dans l'application, et nous pouvons les négliger dans la pratique.

Nous arrivons ainsi à la deuxième catégorie de clauses, celle qui se réfère à la circulaire du 17 janvier 1919 ; nous devons en éliminer tout ce qui se rapporte à S, valeur totale de la main-d'œuvre prévue par le fournisseur dans son devis initial, valeur qu'il établira après coup, pour les besoins de la cause, sans que la Marine puisse en faire la moindre vérification (ch. II, sect. I, B) ; la circulaire indique de façon très générale (*id.*) dans quels cas exceptionnels il doit y avoir révision pour les matières, mais elle ne fournit aucune précision sur la façon d'évaluer cette révision ; il ne reste plus que quelques considérations d'ensemble sur les frais généraux, considérations d'ailleurs très justes et que nous retrou-

verons ultérieurement. Ainsi la fameuse circulaire du 17 janvier 1919, à laquelle se réfèrent tous les marchés passés de 1922 à 1926 et qui était considérée comme la charte des révisions de prix, se réduit à quelques principes généraux et ne donne aucune précision sur les modalités d'application ; c'est une œuvre toute théorique, laissant intactes les difficultés à résoudre. Elle ne donne pas plus de directives que les décrets du 10 août 1899.

Nous pouvons donc faire abstraction de l'une comme des autres.

Quelles précisions subsistent alors dans les clauses de révision adoptées entre 1917 et 1926 ? Ce sont au maximum les suivantes :

1^o l'énumération des éléments (main-d'œuvre et nature des matières) dont les variations peuvent donner lieu à une révision ;

2^o l'indication des dates de base par rapport auxquelles seront évaluées les variations de ces éléments ;

3^o l'indication du pourcentage de variation à partir duquel il y aura lieu à révision (autrement dit de la marge neutralisée) ;

4^o l'affirmation que le prix ne sera révisé que si le fournisseur produit toutes les justifications nécessaires.

Et encore nombre de clauses — en particulier celles qui ont été établies entre 1917 et 1922 — sont-elles plus sommaires et omettent-elles plusieurs des précisions précédentes.

Les clauses insérées de 1917 à 1926 peuvent donc bien être considérées comme des clauses de principe, et non comme des clauses automatiques ; nous allons en étudier l'application et voir à quelles difficultés considérables devait conduire leur manque de précision.

Nous dirons d'abord quelques mots de la *marge neutralisée*, dont l'application est commune aux divers éléments de révision.

La circulaire 493 C.N.3 du 18 août 1920 prescrit de la discuter lors des pourparlers préliminaires à la signature de chaque contrat, sans descendre au-dessous de 5 %. Les fournisseurs trouvent en général trop élevée la valeur adoptée et en demandent la diminution, puisqu'ils ne prévoient que la hausse des indices ; la Marine résiste pour la même raison. Par D.M. 3707 C.N.4 du 2 février 1923, le ministre précise que le chiffre de 5 % n'est pas impératif ; certains marchés (en particulier marchés de sous-marins, du 10.1.23) prévoient une marge de 8 % ; pour certains cas particuliers, 10 % a été envisagé. La Commission mixte consultative des mar-

chés, étudiant le projet de marché à échelle de l'Aéronautique dans sa séance du 13 novembre 1924, signale encore la nécessité de considérer la marge de 5 % non comme une valeur fixe mais comme un minimum qu'il faut s'efforcer de dépasser autant que possible

En somme, pendant toute cette période, les fournisseurs cherchent à diminuer la marge neutralisée, la Marine cherche à l'augmenter ; nous verrons se modifier ces tendances dans la période suivante.

Remarquons qu'ici la marge neutralisée résultant d'une convention entre les parties peut être inférieure au bénéfice ; au contraire, lorsque la révision n'est basée sur aucune clause, nous avons vu que le pourcentage limite devait être supérieur au bénéfice.

Le premier élément qui ait justifié les clauses de révision est la hausse de la main-d'œuvre ; nous allons donc parler tout d'abord de la révision « salaires ».

SECTION II

La révision « salaires »

Inscrire dans un marché une clause de révision est simple, l'appliquer est beaucoup plus difficile.

La C.C.M.I. avait voulu préciser le plus possible les modalités de la révision ; pour les salaires en particulier, elle avait cru éviter toute difficulté dans l'avenir en fixant la date de base et la marge neutralisée (généralement 5 %).

Appliquée à la lettre, *une telle clause aurait nécessité la remise aux services du contrôle en usine, que nous appellerons pour abrégé « le Contrôle »* (1), *d'un relevé exact des salaires dépensés pour l'exécution du marché.*

Voilà une règle simple en théorie ; pratiquement, elle est presque inapplicable.

(1) A ne pas confondre avec le Contrôle administratif, corps spécial chargé de contrôler les autres services de la Marine.

1° Tout d'abord, les fournisseurs ne tiennent pas toujours ce relevé : au lieu d'inscrire sur leurs comptes d'ouvrage les salaires individuels variables avec chaque ouvrier, ils préfèrent souvent, par raison de simplicité, noter les heures passées et multiplier ensuite leur total par le salaire moyen de l'atelier ; le résultat est un peu moins précis, mais les différences se balancent dans l'ensemble ; l'établissement d'un prix de revient est une suite de compromis, il doit souvent faire passer la simplification avant la rigueur mathématique.

2° D'ailleurs, certains travaux ne donnent lieu à aucun relevé de main-d'œuvre ; par exemple, de très grands établissements métallurgiques ne font pas intervenir les salaires dépensés dans les travaux de grosses forges ; la conduite d'une presse à forger nécessite des dépenses d'énergie considérables et des dépenses de main-d'œuvre infimes ; aussi a-t-on établi une fois pour toutes le prix de son fonctionnement pendant une heure ; l'atelier note simplement le temps que dure une opération de forgeage et en déduit le prix de revient.

3° Si une partie du travail a été sous-commandée, on ne peut faire les relevés dans chaque usine sous-traitante ; l'opération présenterait des difficultés inextricables tant pour le fournisseur que pour le Contrôle ; d'autre part, cette opération permettrait au fournisseur de faire varier à volonté le prix qu'il toucherait, d'après les salaires payés chez le sous-traitant choisi par lui.

4° Dans la majorité des cas, les délais contractuels sont dépassés ; une partie des salaires est dépensée en dehors de la période contractuelle ; l'équité et l'application des Conditions générales empêchent qu'il soit tenu compte des augmentations de salaires survenues dans cette période ; car, si le fournisseur avait respecté ses délais, sa dépense aurait été moindre (dans le cas constant de hausse des salaires) ; la Marine ne peut lui rembourser une augmentation dont il est responsable par sa faute.

5° La vérification par le Contrôle des salaires individuels appliqués à la fourniture est pratiquement impossible.

6° Enfin, le relevé précis tendrait à transformer en régie un contrat forfaitaire ; le fournisseur ne le veut pas, car il donnerait lui-même à l'État les moyens d'apprécier ses prix de revient ; la Marine ne le veut pas non plus, car le fournis-

seur perdrait tout intérêt à organiser économiquement son travail.

Il était donc indispensable d'éviter la lettre du marché et d'en rechercher les modalités pratiques d'application.

Aussi des négociations s'engagèrent-elles à ce sujet entre le Service de la Surveillance et la Chambre syndicale des Constructeurs de navires ; elles aboutirent le 11 mai 1923 à un accord qui fut notifié le 18 mai 1923 aux services locaux pour application. Ses principes généraux étaient les suivants :

a) La révision ne s'applique qu'aux travaux mécaniques et non aux travaux métallurgiques, ce qui élimine la 2^e objection ci-dessus.

b) Les constatations ne sont à faire que chez le titulaire du marché principal et chez les sous-traitants énumérés dans la clause de révision, ce qui élimine en partie la 3^e objection, mais prive le fournisseur de toute révision pour certaines sous-commandes.

c) Les relevés fournis au Contrôle donneront les nombres d'heures dépensées dans les trois groupes d'ateliers mécaniques (coque, machines-outils, chaudronnerie) et le salaire moyen de chaque atelier, ce qui élimine les 1^{re} et 5^e objections.

d) Le salaire moyen comprend tout ce que touchent les ouvriers (salaires d'affûtage, primes ou bonis, vie chère, charges de famille, etc.), apprentis compris.

e) La question des retards n'était pas envisagée ; elle devait dans la pratique soulever des difficultés importantes.

Dès le début de son application, la révision commençait déjà à se faire suivant certaines règles forfaitaires ; c'est là une tendance qui se développera sans cesse.

Le 7 novembre 1923, un chantier de construction fait remarquer que la Marine l'oblige à approvisionner sur le marché général G. du 18 juillet 1923 les appareils électriques nécessaires aux contre-torpilleurs dont il a la charge. Le marché G. stipule une révision de prix pour les commandes directes de la Marine ; mais les établissements G. n'étant pas nommément désignés parmi les sous-traitants chez qui auront lieu les constatations de main-d'œuvre, les chantiers ne peuvent prétendre à aucune révision de ce fait. Ils demandent donc que la maison G., imposée par la Marine, soit ajoutée à la liste officielle des sous-traitants. Par D.M. 68 C.N.3 du 12 février 1924, le ministre Raiberti leur donne satisfaction.

En 1925, le franc baisse rapidement, les salaires augmentent et par suite les clauses de révision conduisent à des augmentations notables en faveur des fournisseurs ; le Contrôle administratif commence à protester contre l'accord de mai 1923 ; en particulier, il n'admet pas que le salaire de base comprenne les primes et bonis ; sa thèse est et restera toujours la suivante : « Lorsqu'un industriel institue un système de travail à la prime, quel qu'il soit, il a pour but principal d'améliorer le rendement et par suite de diminuer le prix de revient ; il en retire donc un bénéfice notable ; si les primes payées augmentent, cela veut dire que le rendement a augmenté, donc aussi le bénéfice du patron ; l'État n'a aucune raison d'indemniser ce dernier pour une hausse qui est toute à son avantage ». En poussant son raisonnement un peu à fond, le Contrôle administratif en arriverait à conclure que le fournisseur doit une indemnité à l'État s'il paie à ses ouvriers des primes plus élevées, autrement dit que la révision doit être inversement proportionnelle au montant des primes payées !

Questionné à ce sujet en février 1925, le Service de la Surveillance répond que l'accord de 1923 a adopté la seule façon logique de procéder car la décomposition du salaire horaire total en ses divers éléments varie beaucoup d'une usine à l'autre ; d'autre part, les clauses se référant à la circulaire du 17 janvier 1919, il y a lieu de déterminer le surcroît réel de dépenses imposées aux fournisseurs par la hausse ; un constructeur ne touchera donc une indemnité pour révision que dans la mesure où la hausse lui aura été préjudiciable.

Mais le Contrôle administratif maintient énergiquement son point de vue ; l'accord de mai 1923 n'a été soumis à l'approbation du ministre que le 5 novembre 1924 ; en attendant, les relevés prescrits sont effectués contradictoirement par les industriels et les services de contrôle en usine ; ils n'engagent en rien la Marine, mais constituent des renseignements indispensables pour la préparation des actes additionnels à passer en fin de marché.

L'approbation ministérielle se fait attendre ; puis brusquement, le 27 mars 1925, le vice-amiral Violette, chef du cabinet militaire, retourne à la Direction centrale des Constructions navales, par note 30 Cab., tout le dossier de révision, avec ces simples mots :

pour application stricte de la lettre des marchés conformément à la note Contrôle du 24 mars 1925 ».

Ainsi, en une ligne, sans explication comme sans directive, le Cabinet militaire annulait un accord réalisé entre les services techniques compétents et les industriels 22 mois auparavant. On en revenait au point de départ.

Le Cabinet militaire avait été mieux inspiré 13 jours plus tôt quand, au sujet du nouveau modèle de clause à introduire dans les marchés, il avait donné des directives complètes et précises que nous retrouverons ultérieurement (ch. III, sect. IX, B).

Le Service de la Surveillance essaie de démontrer qu'en ce qui concerne la main-d'œuvre, l'accord est conforme au texte du marché ; il doit finalement s'incliner et, par note du 26 mai 1925, il prescrit aux circonscriptions de *considérer les projets d'accord comme annulés*.

La mesure prise trouve peut-être une explication dans le trouble et l'agitation de l'époque ; elle n'en est pas moins déplorable : l'accord aurait dû être rejeté dans un délai très court, si tel était l'avis du ministre ; mais, au bout de 22 mois, les industriels pouvaient à bon droit le considérer comme définitif ; ils n'ont pas à s'occuper des changements d'orientation ministérielle ; la nécessité de l'approbation hiérarchique a ses exigences, elle ne doit pas être un moyen commode de briser un projet de convention, après des années de silence qui semblaient annoncer un accord tacite.

Naturellement, la Chambre syndicale réagit vivement ; à la réunion du 23 juillet 1925, elle déclare verbalement que, vu la décision du ministre, elle renonce à continuer la discussion ; l'insistance des représentants de la Marine la décide le 30 juillet 1925 à retirer la lettre préparée en ce sens ; mais, par lettre du 18 août 1925, elle émet une protestation énergique contre l'application stricte de la lettre des marchés qui, dit-elle, « n'est conforme ni à l'esprit des contrats, ni à l'historique des négociations préliminaires, ni même à certains textes, et qu'elle ne peut accepter en aucune façon ».

D'ailleurs, quelles étaient les méthodes à adopter pour arriver à « l'application stricte de la lettre des marchés » ? Le directeur de la Surveillance ne le voit pas exactement ; il le demande à la direction du Contrôle, qui avait pris l'initiative de cette formule. Les

directives suivantes lui sont données en ce qui concerne la main-d'œuvre :

Se baser :

- a) pour le droit à révision sur les tarifs minima moyens de salaires calculés en fonction des effectifs par spécialité et par catégorie ;
- b) pour le montant de la révision sur la circulaire du 17 janvier 1919.

Ces précisions nous paraissent bien vagues ; le Contrôle administratif triomphe en excluant les primes et bonis du salaire révisable ; mais, à part cela, on en revient à la circulaire du 17 janvier 1919, c'est-à-dire au manque presque absolu de directives précises.

Chaque service intéressé engagea donc des pourparlers avec les industriels ; la circulaire du 17 janvier 1919 fut interprétée de façons diverses et il en résulta des divergences assez sensibles dans les principes adoptés.

Les discussions avec les fournisseurs furent interminables ; bien que les clauses vagues aient cessé d'être en vigueur depuis plus de six ans, de nombreuses révisions les concernant sont encore en suspens en 1933.

En général, les principes suivants furent adoptés : il n'est tenu compte que de la main-d'œuvre affectée aux travaux mécaniques, à l'exclusion des travaux métallurgiques ; les salaires ne sont vérifiés que chez le titulaire et les sous-traitants cités au marché : ce sont là deux retours partiels au projet d'accord de mai 1923 ; de même, les relevés donnent le nombre d'heures dépensées par mois et les salaires moyens du mois ; mais ceux-ci ne comprennent plus les primes et bonis. La multiplication du nombre d'heures par la différence entre le salaire moyen à l'époque considérée et le salaire moyen, majoré de 5 %, au moment de la signature du marché, donne le supplément de salaires dont il y a lieu de tenir compte dans le mois considéré. Parfois le marché prévoit une révision basée sur « la moyenne des salaires des différentes catégories d'ouvriers employés dans l'entreprise » (entreprise de camionnage et transports dans les ports de Brest et de Cherbourg) ; il faut entendre par là, non la moyenne arithmétique des salaires, mais la moyenne obtenue en donnant à chaque salaire un poids égal au nombre

d'ouvriers de cette catégorie réellement employés par l'entrepreneur (2587 C.C.M.C. du 30.6.27).

Pour déterminer la révision, le Contrôle doit donc vérifier en détail toutes les feuilles d'ouvrage et feuilles de paye.

Mais le nombre d'heures porté sur le relevé ne comprend que la main-d'œuvre directement appliquée au travail, la seule dont il soit possible de tenir compte sur les feuilles d'atelier ; la main-d'œuvre indirecte, c'est-à-dire celle employée aux transports, à la manutention, aux grues et ponts roulants, à l'entretien des machines, au nettoyage, aux vérifications, etc., n'y peut être comprise parce qu'il est impossible de l'individualiser pour un travail particulier. On en tient généralement compte en majorant la main-d'œuvre directement appliquée d'un coefficient fixe, déterminé une fois pour toutes dans un atelier donné ; ce coefficient varie parfois aux environs de 20 % ; mais certains fournisseurs réclament 30 ou 35 % ; il y a là un nouveau sujet de conflit avec la Marine et une source de nouvelles discussions.

Nous verrons ultérieurement que les retards dans la fabrication introduisent encore d'autres et importantes complications (sect. IV) et que le supplément de salaires précédemment déterminé doit finalement subir une majoration pour frais généraux (sect. V).

SECTION III

La révision «matières»

La révision «salaires», malgré les difficultés qu'elle soulève, est simple par rapport à la révision «matières».

Celle-ci, nous l'avons vu, n'a été introduite que postérieurement à la première.

La circulaire du 17 janvier 1919 laissait les deux questions dans la même pénombre : n'y cherchons aucune directive précise.

Les clauses introduites en 1922 ne donnent que des indications bien insuffisantes (v. sect. I).

Plus encore que pour la main-d'œuvre, un accord était donc nécessaire pour les matières ; nous retrouvons d'abord celui de mai 1923, établi après de longues discussions, et qui s'attache à préciser tout ce qui était resté dans le vague.

Quatre matières premières sont citées dans les clauses : les cours des tôles et de la fonte hématite française seront donnés par le journal *La Journée industrielle*, ceux du cuivre en lingots par le *Journal Officiel*, ceux du charbon résulteront d'un accord local entre les industriels et le Contrôle.

Mais un bateau n'est pas un mélange de fonte hématite et de charbon ; il comprend de l'acier, du laiton, du bronze, etc., toutes matières dont les clauses ne parlent pas. L'accord admet alors qu'il y a lieu de tenir compte de la quantité de chacune des quatre matières principales nécessaires pour fabriquer toutes les autres. On pèsera donc individuellement chaque pièce présentée ; on évaluera toutes les pièces en acier (cornières, profilés, étirés, ronds, tubes, tuyaux, etc.) par rapport au prix de la tôle, les pièces de forge par rapport aux prix de la fonte hématite et du charbon de forge, etc., le tout au moyen de coefficients à définir.

Les prix adoptés seront ceux des mercuriales citées plus haut aux jours de présentation en recette de la pièce correspondante.

Pour chaque objet fabriqué, le constructeur remettra au Contrôle un détail des poids des éléments constitutifs correspondants.

Dès maintenant, on peut entrevoir combien seront compliquées les opérations ainsi nécessaires pour *peser les milliers de pièces entrant dans la construction d'un bateau, en déduire les poids correspondants de matières fondamentales et multiplier ces poids par des prix variables chaque jour*, à rechercher dans des publications différentes ou à régler par des accords locaux. Il y aurait eu là de quoi occuper largement un personnel ne faisant que cela, alors que toutes ces opérations devaient être exécutées en plus des occupations habituelles du Contrôle, déjà assez absorbantes au moment où l'exécution du programme naval commençait à battre son plein.

Mais, avant d'en venir là, il fallait déterminer les coefficients visés ci-dessus, dits *coefficients de mise au mille* ; car l'accord du 11 mai 1923, s'il se suffit à lui-même en ce qui concerne la main-d'œuvre, n'est qu'un début en ce qui concerne les matières. La recherche des coefficients va faire l'objet de longs pourparlers de mai

1923 à octobre 1924, entre la Direction de la Surveillance d'une part, la Chambre syndicale d'autre part.

A. — LES ACCORDS DE 1924

Les deux principaux projets d'accord, établis par la Chambre syndicale, datent du 10 mars 1924 et de juillet 1924 ; l'accord définitif est du 15 octobre 1924. C'est un document fort important, comprenant une quarantaine de pages dactylographiées et dont nous ne pouvons donner ici qu'une idée d'ensemble.

Tout d'abord, *la date d'arrivée de la révision n'est plus celle de la présentation en recette, mais celle de la sous-commande*, ce qui est plus logique ; car un temps assez long s'écoule entre ces deux opérations, temps sans influence aucune sur le prix convenu au moment de la sous-commande. Certes, lorsqu'il s'agit de matières premières de consommation courante, le Contrôle est pratiquement incapable de vérifier les dates des sous-commandes ; car, s'il peut s'assurer qu'une commande de telle matière a bien été faite tel jour, il ne peut savoir à quel marché elle était destinée ; il ne pourra donc empêcher que le fournisseur lui indique comme sous-commande appliquée au marché en cause celle qui a été faite aux prix les plus élevés (C. E., 22.7.25, Marcesche, R., p. 708) : c'est là un inconvénient fondamental des révisions de prix avec clauses de principe. Cependant, d'une part, les matières entrant dans la composition d'un bateau sont le plus souvent soit des objets fabriqués, soit des matières d'usage courant mais pour lesquelles la Marine impose des conditions spéciales : il est donc facile d'identifier les uns et les autres et l'inconvénient cité ne se produira que dans des cas particuliers ; d'autre part, une révision basée sur la présentation en recette serait encore beaucoup plus dangereuse pour l'État car, si un fournisseur peut faire varier dans une certaine limite les dates de ses sous-commandes, il lui est beaucoup plus facile d'agir sur les présentations en recette des multiples objets composant un bâtiment ; il pourrait donc les faire coïncider avec des pointes dans les courbes de prix des principaux éléments constitutifs. Enfin, la nouvelle règle supprime toute révision quand le fournisseur utilise des marchandises qu'il détenait au moment du con-

trat : la révision en pareil cas, proposée par certains auteurs (1), nous paraît en effet à rejeter formellement.

Les autres dispositions du 11 mai 1923 subsistent ; elles sont complétées par *la recherche et la fixation des coefficients, but principal des nouveaux accords.*

Soit P le prix au kilo d'un article donné, T , F , Q et C les poids au kilo des 4 matières fondamentales ; en désignant par de grandes lettres les cours au moment de la sous-commande et par de petites lettres les cours de comparaison fixés par le marché, le problème qui se pose consiste à déterminer pour chaque article $P - p$ en fonction de $T - t$, $F - f$, $Q - q$, $C - c$.

On admet que les cours de tous les matériaux métalliques, même s'ils ne contiennent ni fer ni cuivre comme le plomb en saumons et le zinc laminé, peuvent être rapportés aux 4 paramètres de base. C'est là, semble-t-il, une extension notable des clauses du marché, qui prévoient une révision pour les seules quantités des 4 matières fondamentales nécessaires à l'exécution de la fourniture ; c'est donc accorder au vendeur, en cette période de hausse, un avantage non prévu par le contrat.

La révision de chaque article est donnée par une formule linéaire en fonction de 1 ou 2 des 4 matières fondamentales ; aucune formule ne contient 3 matières fondamentales.

Les coefficients ont été établis d'après les moyennes d'environ 90 relevés de cours effectués à intervalles sensiblement réguliers durant la période s'étendant du 1^{er} juillet 1922 au 1^{er} avril 1924 ; les résultats, recueillis séparément par chaque partie, ont été confrontés et longuement discutés ; l'accord du 15 octobre 1924 est le résultat de 2 ans d'études et de recherches.

Quelques exemples pris au hasard montreront la méthode adoptée.

Cherchons d'abord la relation entre la variation du prix des tôles et le paramètre tôle ; le coefficient qui les relie diffère de l'unité par la valeur des déchets récupérés sous forme de ferrailles ; on peut tabler sur une moyenne de 10 % de déchets ; or la moyenne des rapports du cours des ferrailles au cours des tôles peut être prise égale à 0,20 ; la valeur de la récupération est donc de 2 %

(1) Planiol et Ripert, t. VI, p. 556.

et par suite la formule relative aux tôles est la suivante :

$$P - p = 0,98 (T - t)$$

Partant de cette formule, nous déterminerons celles des cornières, profilés, étirés, ronds en acier, etc. ; par exemple la moyenne du rapport du cours des ronds au cours des tôles peut être prise égale à 0,89 ; on peut compter ici encore sur 10 % de déchets récupérés sous forme de ferrailles qui, en raison du rapport 0,20 précité, équivalent à 2 % de tôles. La formule relative aux ronds sera donc :

$$P - p = 0,87 (T - t)$$

Si les ronds sont zingués, on majorera leur poids, pour le calcul des variations de prix, de 15 % lorsqu'il sera constaté avant zinguage ou de 10 % lorsqu'il sera constaté après zinguage. Ces pourcentages ont été calculés pour une tôle de 3 $\frac{m}{m}$ d'épaisseur, qui est l'épaisseur moyenne des tôles zinguées dans la construction des unités du programme naval, en tenant compte de ce qu'il faut 1 kilo de zinc pour zinguer les deux faces d'une tôle de 1 m², et de ce que la moyenne des rapports du cours du zinc au cours de la tôle peut être prise égale à 3,45.

De proche en proche on calculera ainsi les formules relatives aux tubes et tuyaux d'acier, câbles en fil d'acier, rivets, boulons, écrous, vis, etc.

Prenons maintenant un exemple un peu plus compliqué, celui des moulages bruts en bronze. Pour en obtenir 1.000 kilos, il faut partir d'une moyenne de 1.350 kilos de métal, dont 70 %, soit 945 kilos, sont constitués par du vieux métal, et 405 kilos par du métal neuf. Sur les 1.350 kilos de métal employé, 300 sont récupérés pour des coulées ultérieures et 50 sont perdus. Par suite, au point de vue des prix, on ne doit considérer que 945 — 300 = 645 kilos de vieux métal et 405 kilos de métal neuf.

Le vieux métal titré doit être compté comme ayant une valeur supérieure, en moyenne, de 20 % à la valeur de la mitraille de bronze ordinaire ; or la moyenne des rapports du cours de cette dernière à celui du cuivre peut être prise égale à 0,55 ; on admettra donc, pour le vieux métal ci-dessus, le rapport $0,55 \times 1,20 = 0,66$ et par suite 645 kilos de vieux métal sont équivalents, au point de vue des prix, à $645 \times 0,66 = 425$ kilos de cuivre.

D'autre part, 405 kilos de métal neuf, au titre de 88-12, qui

est le plus fréquent pour les pièces marines, se composent de 356 kilos de cuivre et 49 kilos d'étain.

La moyenne des rapports du cours de l'étain au cours du cuivre pouvant être prise égale à 2,9, on voit que 49 kilos d'étain peuvent être assimilés, au point de vue des prix, à $49 \times 2,9 = 142$ kilos de cuivre.

Enfin il faut tenir compte de ce que 1.000 kilos de moulages en bronze donneront au constructeur qui en fera l'usinage un déchet de 16 %, dont il récupérera 15 % sous forme de tournure de bronze ; la moyenne des rapports du cours de la tournure de bronze au cours du cuivre pouvant être prise égale à 0,50, ces 15 % représenteront, au point de vue des prix, 7,5 % de cuivre, soit 75 kilos de cuivre que l'on peut considérer comme récupérés.

En définitive, on peut dire que 1.000 kilos de moulage en bronze nécessitent, au point de vue des prix, une consommation nette de $425 + 356 + 142 - 75 = 848$ kilos de cuivre, ce qui donne un coefficient égal à 0,85.

Pour le combustible, on peut admettre en moyenne 500 kilos de coke de fonderie et 180 kilos de coke de séchage des moules, soit au total 680 kilos de coke, équivalant à $680 \times 1,33 = 900$ kilos de charbon, ce qui donne un coefficient de charbon égal à 0,90.

La formule des moulages bruts en bronze, après ébarbage sommaire, sera donc :

$$P - p = 0,85 (Q - q) + 0,90 (C - c)$$

On en déduira les formules des pièces usinées en bronze, des moulages bruts en laiton, en métal blanc ou antifricition, etc.

La recherche des formules correspondant aux moulages de fonte et d'acier est particulièrement compliquée ; les raisonnements et les résultats sont tout différents suivant qu'il s'agit d'acier Martin, d'acier au convertisseur ou d'acier au four électrique.

Les formules contiennent un élément fixe (quantité de métal, de déchets, de combustible, etc.) et un élément variable dans le temps (rapport du prix d'un métal au prix d'un autre métal). Mais il a été admis qu'elles pouvaient sans inconvénient s'appliquer à toute la durée d'exécution du programme naval ; car, si elles ne sont pas exactes dans chaque cas particulier, il est à présumer que, dans l'ensemble, elles donneront des résultats suffisamment voisins de la réalité.

Au total, l'accord d'octobre 1924 comprend une cinquantaine de formules ; certaines d'entre elles sont encore à établir et feront l'objet d'un accord ultérieur.

Ici comme pour la main-d'œuvre, il y a lieu d'éliminer toutes les matières employées aux pièces en remplacement de rebut.

Le texte de l'accord est transmis pour approbation, sous n° 5491 du 6 novembre 1924, par le directeur de la Surveillance au directeur central des Constructions navales. La note 5491, avec 9 annexes jointes, forme un total de 80 pages, donnant toutes explications utiles sur l'accord, attirant l'attention du Département sur la complication de la question et suggérant pour l'avenir des solutions plus simples, que nous étudierons ultérieurement (sect. IX, B).

L'accord prévoyait le cas général comportant 4 matières fondamentales ; mais il y a des exceptions. Par exemple, le marché Schneider du 6 décembre 1922, pour fourniture de tourelles de 155 mm. destinées au croiseur *Lamotte-Picquet*, s'il comporte la clause habituelle en ce qui concerne la main-d'œuvre, est muet relativement aux matières : ici, pas de difficulté, l'accord ne s'applique pas. Mais trois autres marchés du même fournisseur (marché du 10.1.23 pour fourniture de quatre sous-marins de 600 tonnes, marché du 6.12.22 et acte additionnel du 13.6.23 pour fourniture de tubes lance-torpilles) prévoient une révision avec 3 matières fondamentales seulement : la tôle n'y est pas comprise parce que le fournisseur en question, fabriquant lui-même ses tôles, ne peut faire intervenir comme matières premières que la fonte hématite et le charbon ; mais, par lettre du 28 octobre 1924, les établissements Schneider demandèrent que, pour ces marchés, les tôles soient comprises parmi les matières donnant lieu à révision. En se basant sur l'accord du 15 octobre 1924, cette demande était logique ; on avait évalué les prix du plomb et du zinc en fonction de ceux du cuivre, il était à fortiori logique d'établir pour les tôles une formule

$$T - t = A (F - f) + B (C - c)$$

en fonction des prix de la fonte et du combustible et de remplacer dans toutes les autres formules $T - t$ par la valeur ci-dessus. Évidemment, cela aurait conduit à adopter pour le même marché des

formules différentes suivant que les matières ou objets auxquels elles seraient appliquées seraient des fournitures directes de MM. Schneider et C^{ie} ou des livraisons faites à eux par leurs sous-traitants ; mais on n'en était plus à quelques formules près... La ratification de l'accord devait entraîner l'acceptation de la demande Schneider. Un marché n'aurait-il prévu qu'une matière fondamentale, les principes de l'accord auraient conduit à exprimer toutes les autres en fonction de celle-là.

B. — LES DISCUSSIONS APRÈS REJET DES ACCORDS DE 1924

C'est justement parce qu'il pouvait entraîner des extensions indéfinies que l'accord parut dangereux ; le Contrôle administratif éleva des protestations plus vives encore que pour celui relatif à la main-d'œuvre ; l'un et l'autre furent repoussés par la note 30 Cab. du 27 mars 1925 prescrivant l'application stricte de la lettre des marchés.

Deux ans d'études, de recherches et de pourparlers étaient détruits par une note en deux lignes, qui ne donnait aucune directive nouvelle ; les observations que nous avons faites ci-dessus (sect. II) s'appliquent ici avec plus de force encore ; l'approbation ou la désapprobation hiérarchique doivent survenir rapidement, leur nécessité ne peut conduire à désavouer brusquement des pourparlers conduits, pendant des années, sans faire aucune réserve, par le service compétent. Nous sommes entièrement d'avis que le principe même des accords était plus que discutable et conduisait à une extension très nette des clauses du marché : mais il aurait fallu le dire 20 mois plus tôt.

Le Service de la Surveillance (2294 du 20.4.25) fait remarquer que *l'application stricte de la lettre des marchés est impossible* car elle conduirait, par exemple, pour une pièce d'acier forgé, à connaître et contrôler le poids de fonte hématite qui a servi à couler le lingot d'origine, ainsi que la portion de ce lingot utilisé pour la pièce en question ; il faudrait ainsi vérifier chez tous les sous-traitants, qui sont parfois au troisième ou quatrième degré, la fabrication et l'utilisation des lingots fabriqués à une époque quelconque, quelquefois avant la guerre. Dans la pratique, seule l'utilisation de formules permettra de calculer la révision.

Mais, ce principe étant admis — nous l'estimons indiscutable —,

on pouvait modifier les formules, de façon à éviter toute extension des clauses contractuelles, et par exemple :

1^o supprimer toute révision pour les métaux qui ne sont ni ferreux, ni cuivreux (plomb, étain, zinc, etc.) ;

2^o supprimer toute révision pour les matériaux qui ne proviennent pas directement de la transformation des quatre matières fondamentales (ferrailles, fonte de moulage, riblons, etc.) ;

3^o ne tenir compte que du charbon de forge proprement dit, cité au marché et dont l'emploi est très restreint, et non du charbon de gazogène, du coke, de l'énergie électrique, etc. ;

4^o comme corollaire, ne plus tenir compte de la récupération des déchets de fabrication ou d'usinage (ferrailles, bocages, tournures, etc.).

C'est ce que suggère le Service de la Surveillance, qui obtient ainsi l'adhésion du Contrôle administratif. Toutes les formules sont donc modifiées en conséquence ; le charbon disparaît presque partout, le cuivre n'a plus que de très faibles coefficients, certaines formules sont même réduites à 0. Par exemple, la formule des pièces brutes de forge qui était

$$(F - f) + 4 (C - c)$$

devient

$$0,75 (F - f) + C - c$$

Celle des pièces usinées en métal blanc et antifricition passe de

$$2,50 (Q - q) + 0,50 (C - c)$$

à

$$0,07 (Q - q)$$

On tombe ainsi d'un excès dans l'autre : après avoir admis qu'une hausse du cuivre entraînait une révision sur les objets en plomb et en étain, on refuse de reconnaître que le prix du charbon influe sur celui du coke ; l'exagération est maintenant en sens inverse.

Naturellement, la demande des Établissements Schneider pour ajouter la tôle aux 3 paramètres prévus dans leur marché est rejetée, « les clauses de révision de prix devant être entendues limitativement » (153 C.N.3 du 9 mai 1925).

Le 18 août 1925, la Chambre syndicale proteste vivement et explique que la limitation à 4 du nombre des matières inscrites aux marchés a été admise dans un but de simplification mais avec l'idée bien nette d'étendre la révision à toutes les matières ; elle maintient son point de vue mais, à titre de transaction, abandonne toute demande de révision sur le zinc laminé et le zinc servant au zin-

guage ; elle insiste sur l'étendue des concessions qu'elle fait ainsi, concessions bien faibles en réalité puisqu'elle continue même à revendiquer la révision sur le plomb, l'antimoine et l'étain et sur le zinc dans les alliages.

Le 24 août 1925, le directeur de la Surveillance demande que ces matières n'interviennent plus dans la confection des formules : par lettre du 9 septembre, la Chambre syndicale refuse. Le directeur de la Surveillance transmet donc tout le dossier (9 sept. 1925) et demande des directives en signalant l'urgence d'une solution. Le ministère prend l'affaire en main mais, de plus en plus, *chacune des parties reste sur ses positions* et tout accord s'avère impossible.

Il nous semble pourtant que chacune aurait pu abandonner ce que ses prétentions avaient d'inadmissible. La Chambre syndicale exagérerait en réclamant une révision pour des métaux non inscrits au marché ; elle exagérerait aussi en disant, par exemple, que la moyenne des rapports du cours des tubes en acier au cours des tôles pouvant être prise égale à 11, la formule correspondant aux tubes devait être

$$P - p = 11 (T - t)$$

car, si le tube coûte plus cher que la tôle, c'est parce qu'il a été travaillé et a incorporé une certaine quantité de main-d'œuvre ; or il n'y a aucune raison de supposer que le prix de cette main-d'œuvre varie dans le même sens que celui des matières premières !

Mais la Marine exagérerait de son côté en soutenant que le coke ne varie pas dans le même sens que le charbon d'où il est extrait, que le charbon de four et de fonderie, très employé dans la construction, ne doit pas donner lieu à révision puisque le charbon de forge, bien que très peu employé, est seul cité et qu'aucune fonte ne donne lieu à révision, à part la fonte hématite française, nommément désignée, mais dont pas un gramme n'existe à bord des navires !

Entre ces thèses extrêmes, une transaction logique pouvait paraître possible ; elle ne se produisit pas, l'une des parties persistant à étendre indéfiniment les clauses du marché, l'autre persistant à en interpréter la lettre de façon trop étroite.

A défaut de transaction, le litige pouvait être soumis au Conseil d'État ; les intérêts considérables en jeu (plusieurs dizaines de millions de révision) justifiaient amplement cette solution, qui aurait

permis de sortir de l'impasse ; le litige portait sur l'interprétation des clauses d'un contrat, c'était donc essentiellement une difficulté à résoudre par le tribunal administratif suprême, à défaut d'accord amiable. Mais les parties ne devaient pas se sentir très sûres de leur droit ; chacune d'elles devait comprendre que sa thèse était juridiquement indéfendable dans sa totalité ; le Conseil d'État aurait probablement rendu un jugement également éloigné des deux thèses extrêmes et dont le sens peut être conjecturé d'après les observations ci-dessus. Personne ne proposa donc le recours à la juridiction administrative.

Cependant, comme personne ne cédait, la discussion continua dans les premiers mois de 1926.

En poussant sa thèse à l'extrême, la Marine en serait venue à dire que les bâtiments ne comportant ni fonte hématite française dans son état naturel ni charbon de forge, les deux paramètres F et C disparaissaient ; T et Q n'intervenaient que pour les tôles et les objets en cuivre pur ; la révision était ainsi réduite au minimum.

Mais la thèse des fournisseurs, poussée à l'extrême, aboutissait à un résultat qui, bien que tout différent, simplifiait encore plus le problème que la précédente ; car, si le plomb et le zinc varient comme le cuivre, si la main-d'œuvre varie comme la tôle, on peut admettre aussi que la tôle varie comme la fonte, que celle-ci varie dans le même sens que le cuivre et le charbon. Il ne reste plus alors qu'un seul paramètre N, en fonction duquel varieront toutes les matières : ce pourra être l'une quelconque des matières précédentes, l'indice des prix de gros, l'indice du coût de la vie. Mais on a admis que la main-d'œuvre variait comme les matières ; la révision main-d'œuvre variera donc aussi comme ce paramètre, qui pourra même être la main-d'œuvre elle-même. Finalement toutes les révisions s'exprimeront en fonction de N ; les 50 formules disparaîtront et seront remplacées par une seule qui donnera le prix du bateau :

$$P - p = K (N - n)$$

Tout se ramènera à la détermination de K.

Donc, par des voies très différentes, Marine et fournisseurs en arrivent à une simplification absolue après être passés par une complication extrême ; les études poursuivies pendant des années ont abouti à une véritable impasse ; l'accord du 15 octobre 1924 et

l'application stricte de la lettre des marchés paraissent aussi inapplicables l'un que l'autre ; chacun cherche à sortir d'une situation sans issue en adoptant des règles très simples.

SECTION IV

Rebuts et retards

Supposons résolus tous les problèmes qui précèdent ; nous allons d'abord rencontrer deux questions qui peuvent modifier les chiffres de main-d'œuvre et de matières auxquels nous sommes parvenus.

Tout d'abord, un fournisseur est responsable des pièces rebutées qu'il doit remplacer à ses frais (art. 49, § 1 des Cond. gén.) ; si sa fabrication avait été bonne, seule la première pièce aurait été construite ; la deuxième ne doit donc pas intervenir dans la révision. Pour les matières, le problème est simple ; la pièce rebutée seule sera pesée, ses dates de sous-commandes fixeront les bases de la révision. Pour la main-d'œuvre, le problème se complique ; le temps passé à chaque pièce individuellement n'est pas toujours bien séparé sur les feuilles d'ouvrage ; il faudra donc l'évaluer, afin de le retrancher du total à la date correspondante ; même s'il est individualisé, sa recherche parmi des dizaines de milliers de documents sera longue et ardue.

Et cependant la question des rebuts paraît très simple à côté de celle des retards : si un fournisseur a par sa faute dépassé les délais fixés au marché, il a dû ainsi payer des salaires pendant une période extracontractuelle ; il en est résulté, en période de hausse continue, une augmentation de prix dont la Marine ne doit supporter aucune part, puisque le fournisseur en est seul responsable. Les prix de la main-d'œuvre et des matières ne sont donc pas à considérer aux dates mêmes d'utilisation de cette main-d'œuvre et de ces matières, mais à l'intérieur des délais contractuels.

Le directeur de la Surveillance avait voulu faire préciser ce

point dans l'accord avec la Chambre syndicale, mais celle-ci refusa.

Le principe ne peut cependant faire aucun doute ; le Conseil d'État a jugé plusieurs fois qu'un fournisseur ne pouvait s'en prendre qu'à lui-même si, par suite de retards dont il s'est rendu coupable, il a exécuté son marché à une époque où il était devenu plus onéreux (v. en particulier Soc. des phares Ducellier, 28.6.22, R., p. 557 ; 22.7.25, Marcesche, R., p. 708 ; Travaux publics / Michon, 23.3.27, R., p. 385 ; Soc. internationale d'éclairage par le gaz d'huile, 3.8.27, R., p. 919). Le principe, bien que non précisé dans l'accord, est donc de jurisprudence constante et doit être appliqué.

En fait, il l'a été dans de nombreux cas (avisos type *Mondement-Montmirail*, sous-marins type *O'Byrne*, tourelles du *Lamotte-Picquet*, etc.).

Cette application n'est pas simple : les relevés subsistent mais ils doivent être modifiés.

On peut par exemple tracer la courbe donnant la main-d'œuvre réelle et en déduire par similitude la courbe représentant la façon dont la même quantité de main-d'œuvre aurait été dépensée à l'intérieur des délais contractuels ; mais la courbe réelle peut avoir une forme anormale, résultant par exemple d'une interruption dans les travaux ; il n'y a aucune raison pour que la courbe fictive conserve cette forme, comme cela aurait lieu par simple similitude. *On est donc conduit à modifier la courbe fictive en en corrigeant les anomalies* ou en lui donnant la forme normale correspondant à un marché précédent.

Cependant, si une partie de l'interruption provient d'un cas de force majeure, l'anomalie correspondante dans le tracé de la courbe ne doit pas être modifiée ; si, par exemple, une grève de caractère nettement révolutionnaire a interrompu les travaux pendant un certain temps (le cas s'est produit pour des sous-marins), la main-d'œuvre dépensée après les délais par la faute du fournisseur doit être répartie sur les seules périodes antérieures autres que la période de grève.

Il convient également de tenir compte du fait que le nombre d'ouvriers pouvant travailler ensemble à la même fabrication est limité ; à aucun moment, la courbe fictive ne doit donc indiquer des effectifs invraisemblables.

D'autre part, *la courbe fictive doit toujours être au-dessus de la courbe réelle* ; car on ne peut supposer que pendant un mois déterminé le fournisseur aurait consacré à l'exécution du marché une main-d'œuvre plus faible pour le terminer dans les délais que pour l'exécuter avec retard ; si donc la courbe fictive coupe la courbe réelle, il y a lieu de la modifier pendant une période assez large pour l'élever au-dessus de la courbe réelle dans la région d'intersection et, par compensation, l'abaisser en d'autres régions.

On peut concevoir les discussions qui se produisent entre l'État et les fournisseurs quant à la façon dont la main-d'œuvre aurait dû être répartie normalement dans le temps ; les fournisseurs ont tendance à repousser la courbe vers la droite, en sous-évaluant la main-d'œuvre pendant les premiers mois et la surestimant à la fin du marché ; les observations que la Marine leur fait à ce sujet leur paraissent toujours un peu contraires à la liberté qu'ils ont de régler à leur guise les modalités de la fabrication. L'État, de son côté, a peut-être tendance à sous-estimer la période nécessaire au démarrage.

De la courbe fictive, on déduit la quantité de main-d'œuvre qui aurait dû être normalement dépensée chaque mois ; son produit par le salaire moyen du mois pour la fourniture considérée, puis par le salaire de base majoré de 5 %, donne, par différence, la révision correspondant audit mois ; la somme des révisions mensuelles donne la révision totale.

Si la fourniture a été exécutée dans quelques ateliers principaux dont les salaires sont très différents (ateliers métallurgiques et électriques par exemple), il y a lieu de décomposer la courbe totale en autant de courbes partielles que d'ateliers, pour éviter que les ateliers ayant terminé dans les délais n'interviennent pour une part exagérée dans la détermination du salaire moyen ; il en résulterait une différence importante au détriment du fournisseur ou de la Marine, suivant que l'atelier ayant terminé le plus vite est celui où les salaires sont les plus faibles ou inversement. Par exemple, si, pour une raison quelconque, l'atelier à salaires faibles n'avait commencé à travailler qu'au bout d'un an, le salaire soi-disant moyen de la première année serait le salaire le plus fort, si on ne prenait la précaution de décomposer la courbe totale.

Si la courbe doit avoir une forme régulière en ce qui concerne la

main-d'œuvre, il en est tout autrement en ce qui concerne les matières. L'échelonnement des livraisons est différent pour chacune d'elles, *il faut donc une courbe pour chaque matière*. Les fournisseurs demandent parfois que le charbon soit réparti proportionnellement à la main d'œuvre ; il paraît préférable de tracer la courbe « charbon » à gauche de la courbe « main d'œuvre », les dépenses de combustibles étant plus fortes pendant les opérations métallurgiques et les dépenses de main d'œuvre pendant les opérations mécaniques. Les commandes de cuivre et de fonte se répartissent sur une période très courte au début du marché ; celles d'huile et de pétrole sont plus importantes vers la fin. Donc le cas de chaque matière doit être étudié séparément, en évitant que le fournisseur ne surcharge exagérément les mois correspondant aux prix les plus forts.

Certains cas particuliers sont plus compliqués encore ; en voici un exemple : les sous-marins construits par les Établissements Schneider dans leurs chantiers de Chalon-sur-Saône doivent être descendus par une entreprise de navigation fluviale suivant le cours de la Saône et du Rhône ; la Marine devait au fournisseur une révision correspondant à la différence des frais réels de descente à la mer et des frais prévus au moment de la signature du marché relatif aux sous-marins type *O'Byrne* ; mais, les sous-marins ayant été livrés en retard, la date réelle de descente à la mer devait être remplacée par la date contractuelle ; or les frais de descente dépendent non seulement des salaires, du prix du charbon, etc., mais également du mois de l'année pendant lequel s'effectue l'opération, les difficultés de descente variant considérablement suivant l'état des eaux du Rhône.

Si la fourniture est livrée en avance, pendant une période de hausse, il faut tenir compte des dates réelles et non des dates contractuelles, puisque la révision ne doit pas avoir pour conséquence de procurer au fournisseur un bénéfice supplémentaire.

Si la baisse s'était produite, on aurait dû au contraire adopter les dates réelles en cas de retard comme en cas d'avance.

SECTION V

Les frais généraux

Les divers éléments de la révision étant déterminés comme il vient d'être indiqué, il reste encore à tenir compte des frais généraux.

La circulaire du 17 janvier 1919 le prévoyait expressément ; elle s'exprimait ainsi : « Les frais généraux comprennent normalement :

- » a) des salaires d'ouvriers et des dépenses proportionnelles à ces salaires (assurances contre les accidents du travail) ;
- » b) des traitements d'employés et de personnel de direction ;
- » c) des matières ;
- » d) des dépenses accessoires (loyers, impôts, assurances autres que celles contre les accidents du travail, etc.).

» La première partie subit intégralement les augmentations de salaires. La deuxième subit presque toujours, par contre-coup, une majoration, mais celle-ci est d'ordinaire moins importante et plus tardive. La troisième n'est pas directement influencée par la hausse des salaires, mais elle peut en ressentir indirectement les effets ; elle subit les hausses de matières dans l'ordre d'idées exposé plus haut. La quatrième partie n'est généralement pas atteinte par les majorations des salaires et des matières.

» Il résulte des conditions ci-dessus que les variations des frais généraux sont assez complexes. Si, comme cela a lieu dans la plupart des cas, on détermine la part des frais généraux à incorporer dans le prix de vente en multipliant la valeur de la main-d'œuvre par un certain coefficient, toute variation subie par les salaires conduira à une modification de ce coefficient... »

Ces considérations sont très exactes ; elles constituent la partie la plus précise de la circulaire du 17 janvier 1919. Mais, voulant préciser encore, la circulaire introduit ensuite des formules analogues à celles que nous avons rencontrées pour les salaires et dans lesquelles intervient la valeur totale S de la main-d'œuvre

prévue par le fournisseur dans son devis initial ; nous avons dit que la détermination de cette valeur était tout à fait illusoire ; il est donc inutile d'étudier les formules en cause, qui n'apportent aucune précision supplémentaire.

Les considérations ci-dessus elles-mêmes sont cependant un peu trop sommaires : essayons d'approfondir la question.

Les frais généraux peuvent se décomposer en trois catégories :

- a) frais généraux de l'atelier,
- b) frais généraux de l'usine,
- c) frais généraux du siège social.

La première catégorie comprend entre autres les dépenses de force motrice, l'amortissement des bâtiments et des machines, parfois une partie de la main-d'œuvre dite improductive ; les coefficients à adopter sont donc différents suivant les ateliers et même suivant les différentes machines d'un même atelier ; il serait paradoxal de majorer du même coefficient la main-d'œuvre appliquée à l'ajustage ou à un train de laminoirs ; en réalité les coefficients varient dans une proportion considérable (parfois de 1 à 15).

Il est donc impossible de multiplier la main-d'œuvre totale par un coefficient unique ; il faudrait la décomposer en travaux analogues : ajustage, petit, moyen et gros outillage, forgeage, etc. et adopter des coefficients différentiels ; pour chacun d'eux, il convient de bien distinguer la part de main-d'œuvre improductive qui est comptée dans la main-d'œuvre appliquée à la fourniture et celle qui rentre dans le coefficient de frais généraux.

La deuxième catégorie, extrêmement vaste, comprendra par exemple les traitements du haut personnel de l'usine, les dépenses générales de la direction, les œuvres sociales, les subventions locales, les avantages en nature du personnel, les services de sécurité et de transit, les assurances, certains impôts, etc. Les coefficients correspondants sont ici parfois constants et parfois différentiels.

La troisième catégorie comprend toutes les dépenses d'ordre administratif, commercial, bancaire, financier, etc., que peut entraîner la gestion d'une grande société.

Il est facile de constater que chacune des catégories ci-dessus comprend des dépenses variant proportionnellement à la main-

d'œuvre (dessinateurs, contremaîtres, etc.), d'autres variant dans le même sens que la main-d'œuvre mais moins vite (ingénieurs, personnel de direction, etc.), d'autres variant comme certaines matières (par exemple force motrice ou fournitures de bureau), d'autres enfin ne dépendant ni de la main-d'œuvre ni des matières (impôts, intérêts aux obligataires, etc.).

Enfin, les coefficients varient dans le temps suivant les modifications diverses et accidentelles apportées aux éléments dont ils dépendent (départ d'anciens ouvriers à forte paye, embauchage d'apprentis, compression de personnel, rationalisation, acquisition de nouvelles machines, etc.).

Un service de contrôle ne peut songer à déterminer lui-même les coefficients, dont presque tous les éléments lui échappent. D'ailleurs les clauses prévoient toujours que la révision se fera sur production par le fournisseur de toutes les justifications nécessaires.

Les quelques indications que nous venons de donner suffisent à montrer que *ces justifications comporteraient la production complète de toute la comptabilité du fournisseur*, celle des travaux pour les particuliers comme celle des commandes de la Marine, celle du siège social comme celle de chaque atelier.

Or, les fournisseurs sont généralement très susceptibles à ce sujet ; la plupart d'entre eux ne consentiront jamais à donner au Contrôle des éléments lui permettant de calculer leurs prix de revient et leurs bénéfices.

Donc les justifications, bien qu'indispensables (C.E., 23.7.20, Château-Gontier ; 13.5.21, Dinan), ne seront jamais fournies.

En conséquence, si la Marine applique la lettre du marché, elle refusera toute révision.

Si elle renonce aux justifications et adopte après des discussions plus ou moins illusoires les chiffres fournis par les industriels, elle se mettra entre leurs mains.

Ainsi, *les clauses signées par les deux parties pendant plusieurs années sont inapplicables*. D'ailleurs, aucun des accords que nous avons examinés ne traite la question des frais généraux ; toute entente logique paraissait impossible sur ce point. Le ministre eut-il approuvé l'un quelconque des projets d'accord successifs que toute l'affaire aurait été remise en cause lorsqu'il

aurait fallu s'entendre sur les coefficients de frais généraux.

Si une règle générale et cohérente est impossible pour la détermination des frais généraux, il a fallu, dans le règlement des cas particuliers, s'entendre sur des *coefficients forfaitaires*, valables pour tout un atelier sinon pour toute une usine ; le fournisseur les déterminera par exemple en prenant une moyenne relative à un très grand nombre de fabrications différentes, se rapprochant le plus possible de celles qui font l'objet du marché ; leur exactitude pour un marché particulier sera donc assez sujette à caution. La Marine, de son côté, n'aura, pour les raisons exposées ci-dessus, aucune base précise pour apprécier les coefficients qui lui seront indiqués par le fournisseur : elle devra procéder surtout par approximations successives et comparaison entre les divers titulaires d'une même fourniture et entre les divers marchés d'un même fournisseur ; il est inutile d'insister sur la complexité de pareilles études.

Les coefficients forfaitaires finalement admis sont différents suivant que la révision s'applique à la main-d'œuvre, aux matières ou à ces deux éléments simultanément ; dans chacun de ces cas, il convient de ne comprendre dans le coefficient adopté que la partie des frais généraux variant comme les éléments sujets à révision ; par exemple, si le marché ne prévoit qu'une révision en fonction de la main-d'œuvre, seule la partie des frais généraux variant comme les salaires sera retenue ; il semble alors qu'un coefficient de 75 % ne devra pas être dépassé, à moins de circonstances exceptionnelles.

En tous cas *le coefficient retenu devra toujours être sensiblement inférieur au coefficient de frais généraux total*, car certains éléments ne varient ni comme les salaires ni comme les matières ; nous citerons parmi eux les impôts, les assurances, les intérêts aux obligataires, les commissions bancaires, certains amortissements, etc.

Cependant, contrairement à la logique et aux ordres donnés, quelques révisions ont été réglées en faisant intervenir le coefficient total de frais généraux.

Une difficulté s'est parfois produite pour les marchés du programme de 1922, qui prévoyait une révision d'une part pour les matières, d'autre part *pour les salaires et frais généraux correspondants* ; certains fournisseurs, se basant sur le fait que tous les

frais généraux, quelle qu'en soit l'origine, sont généralement évalués sous forme d'un pourcentage de la main-d'œuvre, ont prétendu que le coefficient à considérer était le coefficient total. Cette prétention ne peut être retenue : le fait invoqué est une simple habitude, adoptée dans un but de simplification et d'ailleurs assez illogique puisqu'elle revient à supposer qu'un achat de matières n'entraîne aucune dépense de frais généraux ; c'est du reste une habitude à laquelle il est parfois dérogé ; par exemple dans les travaux de grosse forge, l'industriel base généralement son devis, non sur la quantité de main-d'œuvre dont l'importance est très faible, mais sur la durée d'utilisation de tel laminoir ou de telle presse. Quoi qu'il en soit, cette habitude ne peut rien contre la lettre des marchés qui est très nette : « les salaires et les frais généraux correspondants » donnent lieu à révision en fonction des salaires ; les matières donnent lieu à révision en fonction de certaines d'entre elles ; les éléments qui ne sont pas cités ne donnent lieu à aucune révision. Puisque les seuls frais généraux cités, ceux qui « correspondent » aux salaires, sont révisés en fonction de ceux-ci, ce doit être obligatoirement ceux qui varient comme les salaires : aucune autre interprétation ne nous paraît possible.

Dans certains cas (patrouilleurs type *Passereau*, avisos type *Mondement*, par exemple), les frais généraux obtenus ont été réduits aux 9/10^e de leur valeur, d'accord entre le fournisseur et la Marine, pour tenir compte du fait que, si les salaires d'employés ressortissant aux frais généraux ont sensiblement suivi le cours de la main-d'œuvre, ils ne l'ont fait qu'avec un léger décalage dans le temps dont cette réduction du taux des frais généraux tient compte.

SECTION VI

La limitation des dépenses

Après avoir réglé l'épineuse question des frais généraux, il reste encore à examiner si le total des dépenses auquel on est parvenu n'est pas trop élevé.

La circulaire du 17 janvier 1919 introduisait ici les valeurs totales de la main-d'œuvre et des matières prévues par le fournisseur dans son devis initial ; nous avons vu qu'il n'était pas possible de retenir cette considération.

Mais il peut se faire que les dépenses soient supérieures aux prévisions, soit par suite d'incidents de fabrication, soit parce que le travail a été mal organisé ou mal exécuté ; l'État ne peut prendre à sa charge la partie de la révision qui correspond à ces excès de dépenses. Or les clauses de principe, que l'on pourrait aussi appeler clauses en régie, tiennent compte de tous les éléments, salaires et matières, effectivement dépensés. Il faut maintenant vérifier que leur total n'est pas trop fort.

Les opérations précédentes ont fait connaître en grande partie le nombre d'heures de travail employées et la quantité exacte de matières utilisées dans la fabrication ; il convient d'y ajouter tous les éléments pour lesquels aucune révision n'était prévue (main-d'œuvre dans les opérations métallurgiques, plomb, étain, caoutchouc, etc.) ; on peut alors en déduire ce que la fabrication aurait coûté si les prix n'avaient pas varié depuis la signature du marché ; le coefficient de frais généraux à retenir ici est le coefficient total au moment de la signature du marché. La somme obtenue doit être comparée au prix de revient prévu lors de cette signature.

Or, s'il était impossible de connaître séparément les valeurs totales prévues par le fournisseur en ce qui concerne respectivement la main-d'œuvre et les matières, il est assez facile d'évaluer approximativement le prix de revient sur lequel il avait tablé ; il suffit pour cela d'apprécier le bénéfice sur lequel il comptait et de le retrancher du montant du marché. On adopte souvent un bénéfice moyen de 10 % ; en réalité, ce bénéfice escompté diffère considérablement suivant que la concurrence joue plus ou moins pour la fourniture en cause ; il est minimum quand la concurrence est serrée, maximum quand elle ne joue pas soit par suite du monopole de fait de quelques fournisseurs, soit par suite d'ententes industrielles ou de l'existence de consortiums ou de comptoirs ; il varie également suivant que l'on se trouve en période de prospérité — chacun, gagnant beaucoup, devient difficile — ou en période de crise — où un fournisseur travaille à perte

s'il le faut, afin d'obtenir une des rares commandes entrevues.

*Si le prix de revient calculé avec les quantités réellement dépensées et les cours initiaux est supérieur au prix de revient escompté, la révision devra être réduite ; pour cela, il faudra, d'après les circonstances de la fabrication, répartir l'excédent du prix de revient entre les divers éléments servant de base à cette révision ; en considérant ensuite à part chaque élément, il faudra rechercher à quel moment les prévisions le concernant ont été dépassées ; ceci peut être relativement simple si les incidents de fabrication et dépassements de devis sont faciles à localiser dans le temps ; sinon, l'État aura tendance à soutenir que tout le dépassement a eu lieu en fin de marché (cas des patrouilleurs type *Ablette*) et le fournisseur prétendra au contraire que les mécomptes se sont produits au début ; s'il n'y a pas d'indication nette à ce sujet, le plus simple sera, en général, de réduire proportionnellement le temps passé ou les matières dépensées pendant toute la durée de la fabrication ; par exemple, si on a constaté que la main-d'œuvre employée avait dépassé de 18 % la main-d'œuvre prévue, on réduira chaque mois la main-d'œuvre de 18 %.*

Nous devons faire ici une remarque essentielle : les opérations que nous venons d'indiquer portent non seulement sur les éléments révisables de la fourniture mais sur sa totalité ; effectuées minutieusement, selon la lettre des marchés qui condamnent le fournisseur à toutes les justifications nécessaires, *elles conduisent la Marine à la détermination exacte du prix de revient* et par suite du bénéfice effectivement réalisé ; c'est là un point extrêmement dangereux pour les fournisseurs tant en ce qui concerne les marchés futurs que les relations avec le fisc ; il ne semble pas que les industriels aient bien vu ce danger, lorsqu'ils réclamaient l'introduction de clauses de principe.

Si le prix de revient réel aux cours initiaux est inférieur ou égal au prix de revient escompté, la révision calculée est due intégralement au fournisseur ; la Marine ne pourrait la réduire aux dépenses normales que si l'on admettait la théorie de l'imprévision à rebours, ce qui nous paraîtrait d'ailleurs une conséquence normale de l'imprévision directe ; mais ceci est une autre histoire. En tous cas, *l'Etat ne peut se lancer dans une critique des procédés employés*

par le fournisseur, pour lui démontrer qu'il aurait pu travailler à meilleur compte s'il avait mieux organisé son travail ; pareille intervention serait incompatible avec le principe même du contrat d'entreprise ; or, bien que la révision de prix soit effectuée d'après les principes du travail en régie, le marché lui-même n'en reste pas moins un contrat d'entreprise. L'État peut bien dire : « Par votre faute, vous avez dépensé plus qu'il n'était prévu au marché ; je ne vous paierai ni le supplément de dépenses ni la révision correspondant à ce supplément ». Il ne peut dire : « Vous avez dépensé une somme correspondant, ou inférieure à celle qui était prévue au marché mais, en vous organisant mieux, vous auriez encore pu dépenser moins, et je le démontre ; je ne vous réclame pas le remboursement de cet excès de dépenses (ce serait invoquer la théorie de l'imprévision inverse), mais je ne vous dois aucune révision sur ce supplément ». Car le fournisseur pourrait répondre : « Vous vous êtes engagé à payer le prix fixé au marché et la révision correspondant à ce prix ; vous ne pouvez réduire l'un ou l'autre qu'en invoquant le principe de l'imprévision inverse, mais non en vous basant sur le contrat lui-même ».

L'État ne peut non plus diminuer la révision sous prétexte que les frais généraux sont exacts, mais exagérés ; discuter avec le fournisseur l'importance de la subvention qu'il verse à une société de pompiers ou à une caisse électorale, prétendre que ses ouvriers ne travaillent pas de façon assez active ou que ses directeurs sont trop payés, soutenir qu'il aurait pu contracter un emprunt à un taux moins élevé ou obtenir des banques un prêt à des conditions plus avantageuses, discuter tout ce qu'il fait, polémiquer sur tout ce qu'il entreprend est impossible et inadmissible.

Les clauses de révision en régie permettent à l'État de faire sur une entreprise des constatations parfois fort intéressantes, et c'est pourquoi elles sont, à ce point de vue, très dangereuses pour le fournisseur ; mais ces constatations ne sont utiles à l'État que relativement aux marchés futurs ; il pourra profiter de la leçon pour exiger ultérieurement des prix moins élevés ou pour susciter une concurrence profitable ; mais le marché en cours est signé, il n'y a plus lieu de revenir sur ses conditions, il doit être exécuté de bonne foi par les deux parties.

SECTION VII

Les acomptes sur plus-values

Nous sommes enfin arrivés au terme des opérations nécessaires pour déterminer la révision de prix : son montant est maintenant connu, elle peut être payée.

Malheureusement, les obstacles que nous avons énumérés sont tels qu'en pratique la suite des opérations n'a jamais été jusque-là ; la machine s'est enrayée plus ou moins tôt, mais l'accrochage s'est toujours produit avant la fin. Pour qu'il en fût autrement, il aurait fallu que le fournisseur consentit à ouvrir tous ses livres, sans exception aucune, que la Marine pût les vérifier et que les deux parties se missent d'accord sur la façon d'interpréter leurs constatations mutuelles ; or, la première de ces conditions suffit ordinairement à tout arrêter : les justifications prévues par le marché ne peuvent être intégralement fournies par les industriels.

Il fallait pourtant aboutir à un règlement quelconque ; les sommes en jeu étaient très importantes ; pour la première tranche du programme naval seule, elles avoisinaient 100 millions de plus-values et les tranches succédaient aux tranches ; les fournisseurs les avaient avancées, ils étaient à découvert et devaient payer aux banques des intérêts d'autant plus élevés que le loyer de l'argent ne cessait d'augmenter jusqu'en 1927, pour atteindre finalement 10 % environ.

Certains fournisseurs ont essayé de réclamer des intérêts ; par exemple les Chantiers Normand, titulaires du marché pour la construction du torpilleur *Enseigne Gabolde*, ont demandé des intérêts sur plus-values basés sur le taux d'escompte de la Banque de France ; ils déclaraient témoigner ainsi d'une très grande modération, puisqu'ils avaient dû servir un intérêt plus important aux banques prêteuses ; la Marine refusa en alléguant que les marchés et avenants ne précisaient aucune date pour le paiement ; le litige fut soumis au Conseil d'État qui, le 14 mai 1930 (R., p. 499), re-

jeta les prétentions des Chantiers parce que ceux-ci avaient accepté, sans faire aucune réserve, le versement de plusieurs acomptes. De même, le Conseil d'État a décidé que le paiement n'était dû qu'après accord ou décision judiciaire (26.5.30, Germain, R., p. 563). Donc, *tant que durent les négociations, le fournisseur n'est pas en droit de réclamer des intérêts* ; une fois l'accord réalisé et à défaut de stipulations contractuelles précisant les dates de paiement, il ne le peut qu'après mise en demeure. Est-ce à dire pour cela que l'État pourrait à son gré retarder le paiement en prolongeant la discussion ? Nullement ; le procédé serait trop simple pour diminuer peu à peu la valeur initiale de la plus-value, surtout lorsque la baisse de la monnaie ajoute ses effets à ceux de l'intérêt composé. *Si donc l'Etat employait des procédés dilatoires pour reculer le règlement, il serait passible de dommages-intérêts envers le fournisseur.*

Dans le cas qui nous occupe, la discussion a duré des années ; mais on ne peut dire qu'une des parties en soit particulièrement responsable ; quand se posait la question des formules de conversion, chacune d'elles est restée intransigeante sur ses positions ; chacune a parfois mis des mois pour répondre à une lettre de l'autre ; et si l'État a commis une faute évidente en discutant pendant deux ans les détails des formules de conversion pour en repousser finalement le principe, les fournisseurs ont jusqu'au bout refusé les justifications précises qui leur étaient imposées par les marchés ; enfin, s'ils ont souvent réclamé une solution rapide, la Marine, bien que débitrice, est maintes fois intervenue pour éviter l'enlissement de la discussion. Les torts étaient donc réciproques et aucune des parties ne pouvait être attaquée par l'autre.

Le besoin de règlements provisoires se faisait néanmoins sentir pour chacune d'elles : les fournisseurs voyaient s'amenuiser sans cesse le montant de leurs créances et l'État ne pouvait reporter d'exercice en exercice les crédits correspondants, sans motiver les protestations rituelles des commissions parlementaires ; d'ailleurs, les négociations ayant lieu par l'intermédiaire de la Chambre syndicale, il fallait prévoir que l'accord se réaliserait simultanément avec tous les fournisseurs ; l'État risquait ainsi de devoir débours sur un seul exercice une somme hors de proportion avec l'an-

nuité normale du programme naval, somme d'ailleurs impossible à insérer dans les prévisions budgétaires parce que de montant inconnu.

Dès 1923, le ministre s'inquiète donc sur les sommes approximatives que son département devra déboursier pour régler les révisions de prix ; à multiples reprises, dans les années suivantes, il renouvellera cette demande avec insistance ; les fournisseurs craignent de s'engager en indiquant des chiffres et les approximations sont difficiles ; néanmoins, la question se précise au fur et à mesure des discussions et des acomptes très importants sont payés à partir de 1926.

C'est d'abord en août 1926 une somme de un million sur chacun des torpilleurs construits par les Chantiers de la Gironde ; le premier paiement effectué au titre des révisions de prix a donc lieu 4 ans après l'introduction des clauses.

Par D.M. 321 C.N.3 du 21 décembre 1926, le ministre, saisi de 11 demandes d'acomptes, prescrit de conclure d'urgence les actes additionnels destinés à permettre la liquidation, sur les crédits de l'exercice expirant, d'acomptes s'élevant à un total de 12.850.000 francs.

Les années suivantes, de nouveaux et très importants acomptes sont encore payés sur plus-values ; ils se prolongent jusqu'à la présente année (1933).

Ainsi les fournisseurs récupèrent peu à peu les sommes qu'ils avaient dû avancer.

SECTION VIII

Le règlement final

Mais le paiement d'acomptes, même représentant une part importante de la somme due, n'était qu'une mesure provisoire ; il fallait pourtant arriver à un règlement définitif.

La longueur de la discussion finit par lasser les parties et par user les résistances. Les services de la Marine, y compris le Con-

trôle administratif, renoncèrent peu à peu aux justifications précises qu'ils n'auraient jamais obtenues et à la lettre des marchés qui s'était révélée inapplicable ; ils s'acheminèrent lentement vers la *nécessité de solutions forfaitaires*. De leur côté les fournisseurs diminuèrent leurs exigences pour toucher enfin une somme définitive.

Quelques rares marchés furent réglés d'après les accords de 1923-1924 et les formules de conversion, les uns et les autres modifiés pour écarter les plus fortes objections ; la moyenne des révisions ainsi obtenues s'élève à environ 16 % du montant du marché ; mais le cas est resté exceptionnel ; il ne pouvait en effet s'appliquer qu'à des marchés relativement simples ; pour une seule fourniture de tubes lance-torpilles, les relevés de matières établis contradictoirement par l'usine et le Contrôle pour l'application des formules de conversion représentent plusieurs centaines de pages ; la moindre livraison de vis et de boulons y est reportée et a nécessité des pesées contradictoires ; on voit à quel travail de contrôle, à quelles liasses de relevés, à quelles semaines de calculs aurait conduit l'application intégrale à un bateau entier des accords de 1923-1924 ou de la lettre des marchés ! D'ailleurs, même dans les cas simples où les accords de 1923-1924 ont été partiellement appliqués, une part importante de forfait s'est encore introduite dans le règlement pratique.

Après le rejet des accords par le ministre en 1925 et pour sortir de l'impasse où chacun se trouvait acculé, le président de la Chambre syndicale proposa de *substituer à l'ancienne clause de révision des clauses automatiques* analogues à celles qui venaient pour la première fois d'être introduites dans les nouveaux marchés ; pour échapper à des clauses inapplicables, on songeait donc à les annuler et à les remplacer par d'autres, plus pratiques.

Les propositions de la Chambre syndicale furent précisées dans ses lettres des 10 et 22 juillet, 4 et 11 août 1926, rédigées quand la valeur du franc atteignait son minimum. Elles indiquaient en particulier quels pourcentages du prix total seraient à réviser en fonction de la main-d'œuvre et des matières, à quelles dates et dans quels documents devraient être relevés les salaires et les cours des matières fondamentales.

Ces propositions furent étudiées par le Service de la Surveillance, dont les circonscriptions firent des relevés très complets afin de rechercher si les chiffres indiqués par la Chambre syndicale étaient acceptables ; ces recherches posaient toujours le même problème, elles étaient aussi compliquées que précédemment ; mais les discussions antérieures avaient déblayé le terrain et les éléments d'appréciation se réunissaient peu à peu.

La discussion qui dura de juillet 1926 à avril 1927 aboutit à un accord sur presque tous les points mais s'accrocha à la question capitale du pourcentage révisable.

La Chambre syndicale écartait le pourcentage non révisable de 46 % admis pour les torpilleurs type *Brestois*, qu'elle déclarait correspondre à ces circonstances tout à fait exceptionnelles ; elle ne retenait que le pourcentage de 30 % proposé par la C.C.M.I. elle-même, le 13 novembre 1925, aux chantiers intéressés par les commandes de torpilleurs ; mais elle demandait de réduire ces 30 % à 15 % pour trois raisons :

a) pour tenir compte du retard considérable apporté au règlement des plus-values ;

b) parce que les bâtiments commandés en 1922 étant les premiers de la série, il en était résulté des retards importants dans les sous-commandes et par suite une hausse dans le prix d'achat des matières ;

c) en raison des aléas exceptionnels occasionnés par la nouveauté des types de navires.

La partie révisable de 85 % était répartie par la Chambre syndicale entre les salaires, la tôle, la fonte, le cuivre et le charbon ; les coefficients étaient différents suivant qu'il s'agissait de la coque, des machines et des chaudières.

La Surveillance ne trouva pas auprès des chantiers le concours nécessaire à la vérification des coefficients demandés ; il n'y a à cela rien d'étonnant, pour les raisons maintes fois exposées.

Néanmoins les recherches longues et difficiles auxquelles elle se livra, en utilisant particulièrement les éléments qui lui étaient fournis par les relevés effectués en vue des formules de conversion, lui montrèrent que le pourcentage de 15 % pour la partie non révisable était beaucoup trop faible et devait être triplé en moyenne ; au contraire, les pourcentages révisables devaient

tous être diminués en conséquence, de façon très sensible.

Il semble que les différences constatées provenaient, entre autres, des causes présumées suivantes :

1^o Les dépenses de salaires étant assez variables d'un chantier à l'autre, la Marine aurait pris les chiffres moyens et la Chambre syndicale les chiffres maxima.

2^o La Marine se bornait aux sous-traitants énumérés dans la clause de révision de prix, la Chambre syndicale aurait tenu compte de tous les sous-traitants.

3^o La Marine ne disposait pour établir ses chiffres que d'éléments insuffisants.

4^o La Chambre syndicale semblait avoir établi les siens au sentiment plutôt que par des calculs complets et précis et les avoir ensuite arrondis très fortement.

Les pourcentages qui ont été ultérieurement acceptés de part et d'autre pour les révisions sont d'ailleurs, à peu de choses près, ceux de la Marine.

Les pourcentages indiqués par la Chambre syndicale étaient trop élevés pour que la méthode qu'elle suggérerait fût susceptible d'aboutir : la Marine ne pouvait accepter ces chiffres et la Chambre syndicale ne pouvait les modifier très fortement sans se déjuger.

Plusieurs entretiens eurent lieu, en particulier les 26 février, 5 et 16 mars 1927 entre le directeur de la Surveillance d'une part, le président et le secrétaire général de la Chambre syndicale d'autre part ; ils ne purent aboutir à un accord.

En désespoir de cause, le directeur de la Surveillance abandonna donc toute prétention à des justifications de la part des fournisseurs et chercha *quels coefficients de majoration forfaitaires pourraient être appliqués aux marchés, les mêmes pour tous, sans tenir aucun compte des différences entre les chantiers.*

Il utilisa pour cela les résultats de toutes les discussions poursuivies, de toutes les études entreprises et de toutes les vérifications effectuées depuis cinq ans ; il en déduisit les périodes moyennes auxquelles les commandes de matières étaient faites, la variation moyenne des cours pendant ces périodes, les pourcentages moyens révisables suivant chaque paramètre ; il obtenait ainsi la révision moyenne suivant les matières. De même le nombre d'heures dépen-

sées sur chaque type de bâtiment, le délai de livraison moyen avec l'échelonnement proposé par la Chambre syndicale, les salaires moyens de tous les chantiers de Nantes et de Saint-Nazaire (les seuls pour lesquels existait un barème régional) et des coefficients moyens de frais généraux lui donnèrent la révision moyenne suivant les salaires.

Le total des deux révisions, rapporté au prix du marché, donnait le pourcentage de la plus-value.

Les calculs étaient effectués séparément pour la coque, les appareils moteurs et les appareils évaporatoires.

Ils conduisirent à des pourcentages de révision forfaitaires de 17,5 à 19 % pour les coques, 10 % pour les appareils moteurs et 8,5 à 9 % pour les appareils évaporatoires ; ces chiffres furent donnés oralement le 26 février 1927 par le directeur de la Surveillance à M. Dupont et communiqués par celui-ci à la Chambre syndicale qu'il présidait.

Par lettre du 18 mars 1927, la Chambre syndicale accepta le principe de la révision forfaitaire sur les bases qui lui étaient soumises. Elle demanda l'adoption de pourcentages uniques pour les différents types de marchés (torpilleurs, contre-torpilleurs, appareils moteurs de croiseurs) ; elle donna l'accord unanime de tous les intéressés, y compris les deux chantiers qui ne faisaient pas partie de son groupement ; la Surveillance avait d'ailleurs fait de cet accord unanime une condition du règlement afin d'empêcher à coup sûr tout rebondissement de la discussion.

Le directeur de la Surveillance transmit ces propositions à la Direction centrale le 7 avril 1927, le ministre les approuva par D.M. 138 C.N.3 du 25 mai 1927 et chargea la C.C.M.I. de passer les actes additionnels correspondants ; le 2 juillet 1927, la Chambre syndicale accepta des pourcentages de plus-value de 18,5 % pour la coque, 10 % pour les machines, 9 % pour les chaudières ; la Commission proposa 18 %, 9,75 % et 8,75 % ; les chantiers acceptèrent ces derniers chiffres le 11 juillet 1927 « dans le seul but de terminer au plus tôt cette affaire et bien que la nouvelle concession qui leur était ainsi demandée n'apparût pas comme justifiée ».

Tous les marchés relatifs aux bâtiments de la première tranche du programme naval furent réglés suivant ces bases, à l'exception de ceux passés avec la Société de la Gironde (torpilleurs *Tra-*

montane, *Trombe* et *Typhon*, appareils évaporatoires du *Jaguar* et de la *Panthère*).

Les plus-values ainsi accordées pour révision de prix correspondaient à environ 12 % des prix des marchés, alors que pendant la construction les variations moyennes avaient été de 30 % pour les salaires, 25 % pour les tôles, 50 % pour les fontes, 20 % pour le cuivre. La différence entre ces pourcentages et 12 % tient en grande partie aux dépenses non révisables (main-d'œuvre métallurgique, matières autres que les quatre fondamentales, frais généraux fixes, bénéfice, etc.). La plus-value demandée par les fournisseurs en juillet-août 1926, par application de formules automatiques du nouveau modèle, était supérieure d'environ 70 % à la plus-value acceptée par eux un an plus tard. La différence de valeur du franc entre l'époque d'exécution des marchés et la date des paiements, l'accumulation des intérêts composés diminuaient notablement le pourcentage réel touché par les constructeurs. Après avoir maintenu rigide leur point de vue pendant des années, ils avaient, en fin de compte, dû abandonner la majeure partie de leurs exigences ; il semble qu'un peu plus de souplesse en 1924-1926 aurait pu leur procurer des avantages beaucoup plus substantiels.

Les plus-values relatives aux marchés des autres tranches furent réglées les années suivantes par des procédés forfaitaires analogues aux précédents. Par D.M. 195 C.N.3 du 3 août 1931, le ministre prescrivait encore de régler les révisions des sous-marins types *Sirène*, *Circé* et *Ondine* comme celles des autres bâtiments du programme de 1922 ; les négociations à leur sujet continuaient en 1932.

D'autres règlements sont suspendus en attendant que soit réglée la question des pénalités correspondantes (ch. V, sect. II, B, b) parfois soumise au Conseil d'État ; certains attendent encore des justifications à présenter par les fournisseurs.

Des différences importantes se remarquent d'ailleurs entre les conceptions des divers services : l'Intendance maritime n'a presque pas passé de marchés révisables ; les Travaux maritimes, spécialistes des marchés de travaux publics, sont soumis à des règles très différentes ; les Directions intéressées aux révisions de prix

sont surtout les Constructions navales et l'Artillerie navale ; les Constructions navales continuent à exiger des justifications détaillées et à vouloir régler les révisions d'après la lettre des marchés et l'esprit de la circulaire du 17 janvier 1919 ; l'Artillerie navale au contraire applique autant qu'elle le peut des règlements forfaitaires et des formules évitant les discussions avec les fournisseurs et l'intervention de la Marine dans leur comptabilité ; elle les base par exemple sur les clauses automatiques introduites dans les marchés postérieurs se rapportant à des fournitures analogues ; mais il est certain que pareille solution ne peut résulter que de l'accord des parties et ne saurait être imposée si l'une d'elles n'y consent pas (C. E., 28.11.30, Ménerville, R., p. 997). Il arrive même que pour des marchés communs (tourelles) chacune des Directions centrales intéressées soit disposée à régler la révision de sa partie suivant des méthodes différentes.

Et pourtant le développement de notre étude nous a montré que la circulaire du 17 janvier 1919 ne donnait aucune directive précise et que la lettre des marchés était inapplicable ; tous les efforts faits pour interpréter l'une et respecter l'autre ont finalement échoué ; les Constructions navales ont dû se résigner à appliquer à tous les marchés de navires un coefficient unique de plus-value ; la solution ainsi adoptée en 1927 s'écarte beaucoup plus de la lettre des marchés que les accords de 1924 repoussés par le ministre, c'est même le *triomphe complet du règlement forfaitaire*.

La Marine a-t-elle donc perdu son temps, en soutenant pendant cinq années une thèse qu'elle dut finalement abandonner ? Nous ne le croyons pas. La multiplicité des études effectuées et des constatations faites pendant cette période lui a fourni une documentation considérable ; par approximations successives, elle a pu ainsi déterminer les coefficients forfaitaires à adopter pour le règlement définitif. En particulier, la recherche des formules de conversion représente un travail énorme qui a conduit la Surveillance à des constatations fort utiles. La documentation recueillie a été précieuse pour déterminer les pourcentages à adopter ultérieurement dans les clauses automatiques. Enfin, l'accord s'est finalement réalisé sur des plus-values très inférieures aux prétentions initiales des industriels.

D'ailleurs, la persévérance même avec laquelle la Marine avait

cherché à appliquer les clauses contractuelles a conduit à un résultat déjà fort important en lui-même : il est maintenant bien prouvé que ces clauses sont inapplicables, si on n'y fait pas pénétrer une part importante de forfait; les règlements mêmes qui ont suivi au plus près la lettre des marchés ont dû adopter un coefficient de frais généraux résultant de marchandages et non de justifications contrôlées.

SECTION IX

Le remplacement des causes de principe par des clauses automatiques

Alors, ne vaut-il pas mieux régler ce forfait avant même la signature du marché ? N'évitera-t-on pas ainsi les interminables discussions avec le fournisseur ? Ne faut-il pas remplacer les clauses de principe par des clauses d'application automatique, que nous appellerons plus simplement des clauses automatiques ? Ces questions se posaient de plus en plus impérieusement au fur et à mesure que les difficultés d'application apparaissaient plus nettement en ce qui concerne les clauses de principe.

A vrai dire, *certaines clauses automatiques existaient depuis longtemps dans les marchés de la Marine*. Elles avaient été établies par les circulaires ministérielles du 19 juillet 1907 (B. O., p. 873) et du 30 décembre 1907 (B.O., p. 1339) par lesquelles le ministre de la Marine attirait l'attention de ses services « sur les graves inconvénients qui résultent des variations des cours des métaux pour des marchés à commandes d'une assez longue durée » ; il rappelait qu'une hausse importante des cuivres avait, peu de temps auparavant, rendu pratiquement impossible le renouvellement d'un certain nombre de marchés généraux et ajoutait : « Dans le but de réduire autant que possible l'aléa qui résulte des variations de cours — aléa qui ne peut qu'être préjudiciable à la Marine — j'ai décidé que certains marchés à commandes des Constructions navales, comprenant des objets dans la confection desquels la va-

leur des matières premières entre pour une part importante susceptible d'en modifier le prix, seraient, à titre d'essai, établis de telle façon que les prix à payer varient suivant les cours de ces matières.

» Ces dispositions ne seront, jusqu'à nouvel ordre, appliquées qu'aux marchés ou commandes ci-après :

» 1^{re} catégorie (objets ou matières ne comprenant que des prix au kilo) : cuivre rouge ou laiton en barres et en planches, tuyaux en cuivre rouge, tubes en laiton, rivets et contre-rivets en cuivre rouge, plomb en feuilles, étain en saumons, zinc en saumons.

» 2^e catégorie (objets confectionnés comprenant des prix au nombre et au kilo) : fanaux, appareillages électriques ».

La circulaire ministérielle du 30 décembre 1907 modifiait légèrement cette liste et ajoutait à la première catégorie les fils et pointes de cuivre et les objets divers en bronze.

Le prix dépendait des cours régulièrement publiés au *Journal Officiel* et que les circulaires ministérielles précisaient de façon très nette (par exemple le cours du zinc serait celui du « zinc de Silésie, livrable Havre ») ; le prix de base du marché correspondrait aux cours du lundi précédant l'adjudication ; le prix à payer résulterait du cours du dernier lundi de la quinzaine précédant la commande, la quinzaine commençant les 1^{er} et 16 de chaque mois.

Afin de faciliter la procédure à suivre et d'éviter des variations trop fréquentes pour le prix d'achat d'un même objet, les cours à adopter résultaient d'échelons successifs variables pour chaque métal (de 40 en 40 francs pour l'étain, de 20 en 20 francs pour le cuivre, de 5 en 5 francs pour le plomb et le zinc, le tout aux 100 kilos). Les prix ne variaient donc que par à-coups, au passage d'un échelon ; on pouvait vraiment employer dans ce cas la dénomination, abusivement étendue depuis, de « marchés à échelles ». Les fournisseurs protestèrent d'ailleurs au sujet de l'aléa exagéré qui restait à leur charge ; la circulaire du 30 décembre 1907 établit la variation continue des prix pour les marchés de la 1^{re} catégorie et ne maintint les échelons que dans la 2^e catégorie.

La détermination du prix ne faisait aucune difficulté pour les métaux, dont les impuretés tolérées étaient négligées ; pour les alliages (bronze et laiton), on ne tenait compte que de la variation du cuivre ; pour les objets de la 2^e catégorie, le marché fixait lui-même la variation de prix à admettre pour chaque échelon.

Les circulaires de 1907 restèrent en vigueur pendant la guerre et l'après-guerre ; en 1926, elles formaient encore le titre IV de l'Instruction générale du 8 avril 1921 sur les marchés de la Marine.

Elles sont, croyons-nous, le premier exemple de clauses rigoureusement automatiques ; comprenant plusieurs pages très nettes, elles ne laissent aucun point dans l'ombre, ne permettent aucune discussion ultérieure ; leur précision contraste favorablement avec le vague des clauses adoptées jusqu'en 1926 ; aussi leur application ne semble-t-elle avoir donné lieu à aucune difficulté.

Mais elles ne visaient que des cas très simples, en nombre fort restreint ; la Marine n'en étendit jamais l'application à d'autres fournitures que celles initialement prévues ; elles semblent avoir été oubliées pendant la période critique des clauses de principe ; d'ailleurs leur extension n'aurait pu être que limitée à quelques autres cas également très simples ; elles étaient inapplicables aux cas usuels sans modifications profondes.

A. — L'EXEMPLE DE LA MARINE MARCHANDE

Les clauses automatiques furent introduites en premier lieu par la Marine marchande, qui avait à résoudre les mêmes problèmes que la Marine militaire, pour le même genre de construction et avec les mêmes fournisseurs ; elles sont insérées dans un marché passé au début de 1919, pour la fourniture de six navires à vapeur en acier de 3.100 tonnes, destinés à la flotte d'État ; une « correction de prix », de valeur déterminée, aura lieu d'après le salaire moyen, alors fixé par le ministre des Travaux publics ; une autre tiendra compte des commandes de matières à effectuer, à des dates précisées dans le marché ; à cet effet les matériaux et appareils commandés à d'autres usines sont divisés en un certain nombre de groupes, dont les prix seront révisés en fonction des cours soit de l'acier soit du charbon ; par exemple, les prix des bois, aménagements, peinture, ciment, etc. varieront comme le cours du charbon et les prix de tous les métaux comme ceux de l'acier.

Les règles ainsi posées étaient par trop simplistes : le charbon atteignit en 1920 des cours qu'il ne devait jamais approcher par la suite et il en résulta que la Marine marchande dut payer une plus-value considérable sur le bois, la peinture et le ciment, dont

les variations n'avaient aucune raison d'être proportionnelles à celles du charbon ni même de sens identique.

D'autre part, certains chantiers nouveaux participaient pour la première fois à des constructions ; leurs devis ne reposaient pas sur des bases fournies par l'expérience ; aussi leurs prévisions de main-d'œuvre étaient-elles fortement majorées pour se réserver une marge de sécurité ; là encore les plus-values furent considérables, et bien supérieures au supplément de dépenses occasionné aux fournisseurs.

Pour ces divers motifs, la révision des prix entraîna pour l'État des dépenses excessives.

La première application des clauses automatiques était donc un échec très net, comme la malheureuse Marine marchande en connut beaucoup...

Le principe même des clauses automatiques était d'ailleurs discuté ; à l'occasion des contrats préparés pour la construction des paquebots *Océan Indien*, *Porthos* modifié et *Duc d'Aumale*, une discussion s'engagea le 11 décembre 1919 à la Commission des marchés de la Marine marchande ; l'ingénieur en chef du génie maritime, membre de cette commission, critiqua les clauses automatiques et exposa les avantages des règles en vigueur à la Marine militaire, et en particulier de la fameuse circulaire du 17 janvier 1919 ; il appelait ces règles des clauses forfaitaires ; nous avons vu à quel point pareille dénomination s'est révélée inexacte, mais au premier abord la rigueur mathématique de la circulaire faisait illusion et paraissait devoir prévenir toute difficulté ultérieure. Les avantages indiqués étaient les suivants : sécurité pour le fournisseur, sauvegarde des droits de l'État qui n'accordera que les plus-values dont les constructeurs lui démontreront le bien-fondé. Au contraire, les clauses automatiques étaient signalées comme présentant les inconvénients suivants : le constructeur n'a aucun intérêt à réduire au minimum ses dépenses qui lui sont remboursées ainsi que les frais généraux correspondants ; la diminution probable des frais généraux n'occasionnera aucune diminution du prix payé par l'État ; les travaux sont ainsi effectués en régie pour la majeure partie, ce qui exige de la part de l'État un contrôle de tous les instants. Ces observations dénotent une confusion, que nous rencontrerons encore, entre les clauses vagues ou de principe que

l'on estime forfaitaires et les clauses précises ou automatiques que l'on considère comme « en régie » ; en réalité, la situation est exactement inverse et par conséquent les avantages cités en faveur des clauses de principe jouent, en réalité, en faveur des clauses automatiques. Mais la question était alors trop nouvelle, on n'en distinguait encore bien nettement ni les contours ni les conséquences.

Quoi qu'il en soit, la Commission des marchés de la Marine marchande ne se rangea pas à l'avis indiqué ci-dessus ; le marché notifié le 17 avril 1920 aux Chantiers de la Gironde, pour la fourniture de deux paquebots à vapeur pour la ligne de Chine, contient encore des clauses très précises ; mais elles sont perfectionnées sur certains points : on a reconnu que le bois ne variait pas comme le charbon et le cuivre comme la tôle ; de nouveaux paramètres sont donc introduits (planches en bois du Nord, poutres en teak du Siam, cuivre en lingots, fonte hématite) ; de nombreuses précisions sont fournies pour éviter toute difficulté d'application, les clauses de révision s'étendent déjà sur 8 pages dactylographiées. Malheureusement, deux brèches très importantes sont apportées au principe du forfait : tout d'abord, une clause inquiétante est introduite : « Les cours sont établis avec la livre anglaise à 30 francs » ; c'est là une phrase inutile, sinon dangereuse ; toutes les révisions étaient fixées automatiquement, elles tenaient compte des variations des cours qui, en partie, dépendent du change ; allait-on permettre au fournisseur de se faire payer deux plus-values, pour le même motif, en basant la première sur les formules du marché et la deuxième sur les variations de la livre ? La seconde brèche était encore plus importante ; il était précisé que les révisions indiquées correspondaient à des poids de matières et à des nombres d'heures précisés dans le marché et seraient diminuées ou augmentées proportionnellement en tenant compte des poids et journées réellement dépensés.

L'application des clauses du marché obligeait donc à une vérification complète des matières et de la main-d'œuvre employées, c'est-à-dire à une ingérence continuelle dans la fabrication ; par contre, elle supprimait toute recherche de frais généraux et toute intervention dans la comptabilité des chantiers ; nous pouvons donc qualifier de *semi-automatiques* les clauses que nous venons de décrire.

B. — L'ADOPTION DES CLAUSES AUTOMATIQUES
PAR LA MARINE MILITAIRE

Les clauses de la Marine marchande furent portées à la connaissance de la Marine militaire et examinées en mars 1920 par la C.C.M.I. qui leur préféra les clauses de révision « sur justifications précises » ; ce point de vue fut adopté par le département qui, dans la D.M. 24 C.N.4 du 22 mars 1920, donne de cette décision le commentaire suivant, assez inattendu : « La Commission estime que cette solution a l'avantage de conserver aux traités leur caractère forfaitaire, tandis que les formules automatiques de la Marine marchande tendent à aboutir à des sortes de marchés en régie, présentant les inconvénients déjà signalés par elle. Je me rallie à cette manière de voir... ». Nous retrouvons ici la même confusion qu'à la Commission de la Marine marchande en 1919 : toute leur histoire nous a montré que les clauses dites « sur justifications précises » tendent à aboutir à des marchés en régie, alors que les clauses automatiques de la Marine marchande ont l'avantage de conserver aux traités leur caractère forfaitaire. Les clauses automatiques étaient donc repoussées avec les armes mêmes qui auraient pu conduire à leur adoption.

Le 2 juin 1920, le Département signalait l'intérêt qu'il y aurait à exiger des fournisseurs, lorsqu'ils se refusent à accepter un contrat forfaitaire, une décomposition du prix de base inscrit au marché en main-d'œuvre, matière et frais généraux ; on peut voir là le désir d'un peu plus de précision dans les clauses ; mais il ne reçut aucun commencement d'exécution.

Cependant, la Marine marchande continuait à appliquer ses clauses semi-automatiques (en particulier, marchés passés à la fin de 1922 pour un paquebot à vapeur destiné à la ligne de Chine et en mai 1923 pour un paquebot à vapeur destiné à la ligne de l'Océan Indien) ; la Marine militaire, qui détachait du personnel à la Marine marchande et apprenait par les fournisseurs communs la facilité d'application des clauses adoptées, fut tentée par ce semi-automatisme, au moment où elle s'enlisait dans des discussions interminables avec la Chambre syndicale.

Aussi le directeur de la Surveillance, dans sa note 5.491 du 6

novembre 1924, proposa-t-il au département leur emploi dans les marchés futurs. Il défendait les accords de 1924, négociés par lui avec les fournisseurs, mais signalait en même temps les difficultés de leur application et en particulier, l'impossibilité d'obtenir des renseignements précis sur les frais généraux, « les marchandages longs et laborieux dans lesquels la Marine semble la moins bien armée », la surcharge appréciable ainsi occasionnée au Contrôle, « au détriment des autres questions importantes, techniques ou administratives, qu'il a à traiter ». Rétablissant l'exactitude des termes, précédemment méconnue par la C.C.M.I. et le Département, il proposait de remplacer cette révision en régie, avec tous les inconvénients qu'elle comporte, par une révision à bases forfaitaires, analogue à celle de la Marine marchande ; il décrivait celle-ci, citait les mécomptes auxquels elle avait donné lieu et en indiquait les remèdes possibles (études et discussions serrées des propositions faites par les fournisseurs, comparaisons entre les différents chantiers, renseignements fournis par les arsenaux, etc.). Mais il allait plus loin que la Marine marchande et proposait des formules strictement automatiques, dont il précisait les divers éléments ; il y ajoutait quelques développements, qui paraissent superflus, sur la détermination des coefficients de frais généraux (dans les formules automatiques, il est en effet beaucoup plus simple d'incorporer les frais généraux dans les coefficients de main-d'œuvre et de matières, sans qu'il y ait lieu de les expliciter). Enfin il indiquait les principaux avantages de la solution préconisée par lui :

1^o les laborieuses discussions à posteriori sont supprimées ;

2^o les discussions, toujours nécessaires, ont lieu à priori, alors que les réponses faites par les fournisseurs peuvent encore avoir une conséquence sur l'attribution du marché ;

3^o les charges des services du Contrôle sont simplifiées ;

4^o les évaluations des plus-values sont beaucoup plus rapides et, par suite, les prévisions budgétaires plus faciles.

Cette note pose pour la première fois, de façon très claire et très complète, la question du *remplacement des clauses en régie par les clauses automatiques* ; elle constitue la première suggestion nette à cet égard. C'est donc incontestablement au Service de la

Surveillance que revient l'initiative des clauses automatiques.

Quatre mois plus tard, le 14 mars 1925, 13 jours avant de repousser les accords de 1923-1924, l'amiral Violette, chef du cabinet militaire, rédigeait lui-même une note conçue dans le même sens que la précédente ; il disait en particulier : « Le procédé de révision le plus simple, le moins sujet à contestations, vers lequel il faudrait tendre dans nos marchés ultérieurs, paraît être celui qui se résume à la détermination d'un pouvoir moyen d'achat du franc relativement à la nature propre de la fourniture. Convenir et définir une fois pour toutes dans le marché considéré sous forme de clause non revisable :

» 1^o les paramètres de base en tel nombre que l'on voudra mais sans extension,

salaires, matières diverses ;

» 2^o les documents statistiques officiels sur lesquels les prix correspondants seront relevés qu'ils correspondent ou non aux prix effectivement payés par le fournisseur ;

» 3^o les prix de base adoptés au marché pour chacun de ces paramètres et relevés à une date déterminée sur ces mêmes documents ;

» 4^o les coefficients affectés à chacun de ces paramètres sans qu'il y ait lieu à relevés ultérieurs des parts réelles revenant à chacun d'eux ;

» 5^o les dates auxquelles seront lus les nouveaux prix sur lesdits documents pour servir à chacun des paiements prévus ».

Il donnait un modèle de formule mathématique à adopter et concluait : « Ce qui est important, c'est d'arriver au calcul automatique sur documents convenus afin d'écarter absolument toute interprétation ultérieure, toute utilité d'accord nouveau.

» C'est en résumé un marché sur indice convenu d'avance dans ses constituants et ses proportions et *indépendant de l'appréciation ultérieure des parties* ».

Tout le problème des clauses automatiques est nettement posé en ces quelques lignes.

Le chef du cabinet militaire en saisissait la Commission mixte consultative des marchés par D.M. 86 C. du 30 avril 1925, dans laquelle il condamnait les formules adoptées jusque-là : « Elles exigent, disait-il, des relevés techniques, des appréciations contradictoires et des interprétations qui, d'une part, demandent un

travail considérable et sujet à erreurs, qui, d'autre part, sont absolument inadmissibles dans un marché dont la première qualité doit être la précision.

» Il paraît indispensable d'y substituer un *procédé de révision forfaitaire, pour ainsi dire automatique, n'exigeant aucun relevé technique*, mais seulement la lecture de tarifs dans un document déterminé à une date précise (par suite non sujette à interprétation) et la combinaison de ces tarifs suivant une formule dite au marché et spéciale à la fourniture quant à la quote-part des termes de référence adoptés ».

Il invitait la Commission mixte consultative des marchés à étudier d'urgence cette question, « de façon à aboutir à une véritable réglementation applicable aux prochains marchés importants ».

En même temps, le ministre de la Marine écrivait (190 Cab. du 30 avril 1925) au ministre du Travail pour lui demander de désigner un fonctionnaire de la Statistique générale de la France, qui collaborerait avec la Commission et lui prêterait l'appui de sa compétence en matière de statistique et d'indices.

Peu de temps auparavant (13 nov. 1924), la Commission mixte avait étudié une proposition du sous-secrétaire d'État de l'Aéronautique tendant à adopter, dans les contrats qu'il passe pour le compte de la Marine, un système de « marché à échelle » auquel les ministres de la Guerre et des Colonies avaient déjà donné leur accord ; le mode de calcul des variations de prix était mieux précisé dans le projet de l'Aéronautique que dans le texte alors adopté par la Marine ; mais les clauses relatives aux frais généraux, d'une application beaucoup plus commode dans le projet de l'Aéronautique, étaient aussi beaucoup plus avantageuses pour les fournisseurs ; la Marine, qui avait une plus longue expérience des révisions de prix, attira l'attention de la jeune Aéronautique sur les difficultés pratiques que rencontreraient certainement ses services dans l'application des clauses.

Mais, à part ce cas particulier, la Commission mixte consultative des marchés n'avait eu qu'exceptionnellement à s'occuper des révisions des prix dans les années précédentes ; aussi, la discussion eut-elle lieu surtout entre la C.C.M.I. et la Chambre syndicale, la Commission mixte n'étudia ensuite qu'une question bien dégrossie et presque réglée.

Les pourparlers furent longs. Aussi, sans attendre leur conclusion, des marchés à clauses automatiques furent-ils approuvés par le ministre.

Le premier exemple à ce sujet paraît fourni par un *marché Whitehead* du 4 novembre 1925, pour la fourniture de torpilles automobiles.

Lors des pourparlers préliminaires à la signature du marché, la Société Whitehead avait écrit aux représentants de la Marine : « les formules de révision en cours à l'heure actuelle qui supposent la fourniture d'un devis de main-d'œuvre et d'un programme de travail ne sont pas applicables directement à une fourniture aussi délicate que celle de torpilles laquelle présente des aléas dans la fonderie et l'élaboration des métaux spéciaux, des difficultés d'exécution pouvant nécessiter des retouches très onéreuses et un réglage délicat et souvent assez long. Nous avons donc été conduits à proposer une formule jouant automatiquement au moment du paiement de chaque facture et basée sur les principaux éléments du prix... La formule de révision est basée sur le fait qu'en dehors d'un bénéfice de 10 %, tous les éléments entrant dans le prix doivent être corrigés des variations des cours et des salaires. L'amortissement des annuités d'achat de l'usine est payé en livres sterling et les charges qui en résulteront varieront peut-être plus vite encore que les salaires si la dépréciation de la monnaie s'accroît. Il paraît donc peu équitable de prévoir une partie fixe des prix en dehors d'un bénéfice de 10 % ». A ce moment donc, un fournisseur demande des clauses de révision pour se garantir non contre les hausses accidentelles des divers éléments du prix mais contre la baisse continue du franc ; c'est pour lui un moyen détourné de fixer les prix en francs-or. Aussi attache-t-il peu d'importance à la détermination exacte des coefficients : il prévoit par exemple que, pour tous les métaux d'origine étrangère, les prix seront révisés en fonction de ceux du cuivre et que le charbon représentera les variations des matières grasses et de l'énergie hydraulique, ceci « en raison des périodes de basses eaux ». Les propositions initiales du fournisseur furent d'ailleurs un peu modifiées et le marché comporta finalement une partie fixe de 20 %, pour tenir compte non seulement du bénéfice, mais de certaines dépenses invariables.

Les clauses automatiques sont donc adoptées par la Marine, pour la première fois, dans le marché Whitehead du 4 novembre 1925.

Cependant la discussion se poursuivait ; la Chambre syndicale avait adressé ses premières propositions au rapporteur de la C.C.M.I. le 30 septembre 1925 sous forme d'une clause de révision précise et complète, en 10 pages dactylographiées, accompagnées d'une lettre explicative ; la Marine, rendue prudente par les années de discussion qu'avaient occasionnées les clauses de principe, ne voulait plus s'engager qu'à coup sûr, sur une formule longuement étudiée et parfaitement mise au point ; le rapporteur de la Commission fit donc des contre-propositions motivées ; la révision « salaires » notamment fut le sujet d'une longue discussion ; la Commission s'inspirait en particulier des clauses introduites dans un marché relatif à la construction de chemins de fer au Gabon.

Cependant plusieurs marchés importants relatifs aux tranches 1925 et 1926 du programme naval devaient être signés d'urgence on ne pouvait ni les retarder pour attendre la mise au point définitive de la clause ni bâcler celle-ci pour signer les marchés plus vite ; la C.C.M.I. résolut donc d'insérer une clause provisoire dans les nombreux marchés qui furent signés à la fin de janvier 1926 (torpilleur type *Bordelais*, appareils moteurs et évaporatoires, appareillages électriques de bord, etc.), puis approuvés par le ministre, et de poursuivre la mise au point d'une formule définitive.

Le ministre s'impatiait ; par D.M. 69 C. du 24 février 1926, il prie la Commission de hâter la conclusion de ses études ; par D.M. 170 C. du 12 mai 1926, il insiste à nouveau en disant toute l'importance qu'il attache à cette question et exprimant le désir que la C.C.M.I., dont il souligne « la compétence réglementaire indiscutable et la qualité personnelle de ses hauts fonctionnaires », réponde pleinement à son attente.

La Commission met définitivement au point la rédaction des nouvelles clauses dans ses séances des 17 mai, 27 mai et 2 juin 1926, et les instructions à donner aux services pour leur application. Le tout est approuvé par le ministre, notifié aux intéressés par Circulaire du 23 août 1926 et inséré dans l'« Instruction générale du 8 avril 1921 sur les marchés de la Marine », où il forme les articles 110, 111 et 112 ; neuf pages de cette instruction sont ainsi consa-

créées aux révisions de prix ; enfin, 17 pages insérées en annexe contiennent, à titre d'exemple, des clauses de révision extraites de divers marchés.

L'ensemble forme le règlement le plus complet et le plus cohérent qui nous semble exister sur les révisions de prix ; nous sommes loin des balbutiements du début et de la Circulaire du 17 janvier 1919, si vague et si vide malgré les apparences.

C. — L'ÉCHEC COMPLET DES CLAUSES DE PRINCIPES

Les clauses de principe, introduites dans les marchés par la seule Marine, avaient complètement échoué ; des années de discussion serrées et parfois de tension assez vive entre elle et les fournisseurs n'avaient pu aboutir à un accord ; pour sortir de l'impasse, il avait fallu complètement abandonner la lettre des contrats, à laquelle le Contrôle administratif et le Cabinet du ministre s'étaient attachés pendant des années ; mais les services utilisateurs, placés devant les difficultés pratiques de la réalisation, après avoir esquissé des règlements par trop extracontractuels, avaient finalement réussi à faire prévaloir la solution qui s'imposait, c'est-à-dire l'accord forfaitaire.

Ainsi les clauses, introduites pour échapper aux risques et aux difficultés de l'imprévision, avaient conduit à des risques et à des difficultés non moins importants ; leur but, prévoir l'imprévision, n'avait pu être atteint, car elles prévoyaient trop peu ; elles posaient un principe, mais ne donnaient aucune règle pour son application.

Or *il est toujours dangereux d'insérer dans un contrat ou dans une loi un principe général dont on ne fixe pas les modalités d'application* ; c'est pourtant ce que font fréquemment les États, quels que soient leurs régimes et leurs gouvernements ; il serait facile de montrer à quels périls peuvent conduire des principes solennellement affirmés, mais dont les limites ne sont pas fixées avec soin, en prenant quelques exemples, tels que : les diverses déclarations de droits, en particulier celles qui datent de la Révolution, le droit au travail, conduisant aux ateliers nationaux, le principe des nationalités, le remboursement des dommages de guerre, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, l'égalité des droits entre les nations, la révision des traités (art. 19 du pacte de la S.D.N.),

le désarmement, etc. ; aussi certains auteurs nient-ils la valeur juridique de pareils principes énoncés de façon générale et ne reconnaissent-ils que les applications soigneusement limitées qui en sont faites soit par des traités, soit par des lois, puis par des décrets et des règlements d'administration publique.

De même, il ne suffit pas d'énoncer le principe d'une révision ; il faut en fixer les modalités exactes soit dans le marché lui-même soit dans un document auquel se réfère le marché.

Les meilleures lois sont les plus précises : « *optima lex, quae minimum arbitrio judicis relinquit ; optimus judex, qui minimum sibi* » ; à plus forte raison, les meilleurs contrats sont les plus précis, ceux qui ne laissent aucune place à des discussions ultérieures ; ici encore, il serait facile de montrer par des exemples combien peut être dangereuse une clause imprécise insérée dans un contrat.

Donc, les clauses vagues, énonçant le seul principe d'une révision sans en préciser les modalités, sont à rejeter formellement ; toute leur histoire en a imposé la condamnation.

Prétendant calquer la réalité, elles reposent forcément sur des constatations diverses à faire chez les fournisseurs ; ceux-ci, parfois très bien montés comme contentieux, à l'affût de toutes les occasions de plus-value, ne montrant que ce qu'ils veulent et dissimulant ce qui leur plait, ont un avantage très net sur l'État, qui risque fort d'être « roulé à tous les coups » ; le principal avantage qu'il puisse y trouver est de pénétrer dans les secrets des industriels, de vérifier leur comptabilité, d'obtenir par ce moyen des indications précises sur leur prix de revient et de pouvoir déterminer leur bénéfice ; l'État acheteur peut ainsi espérer faire baisser le prix des marchandises, l'État fisc pourrait aussi collectionner des renseignements qui lui seront précieux quand il établira la conscription des revenus, sinon celle des fortunes ; mais c'est précisément là un résultat des clauses de révision qui est inadmissible pour le fournisseur, et ceci à très juste titre.

Les clauses vagues sont donc aussi dangereuses pour chacune des parties en présence.

Leur complication est extrême : le moindre dossier de révision contient des milliers de documents ; leur application exige de part et d'autre un personnel supplémentaire.

Elles doivent être rejetées à tout prix.

Est-ce à dire que l'expérience tentée par la Marine, et par elle seule, ait été inutile ?

En aucune façon.

Tout d'abord, il était normal de commencer par les clauses de principe car le fournisseur, ne pouvant compter à coup sûr sur une révision judiciaire ou administrative, cherchait seulement à légitimer par le contrat le principe d'une révision ; l'expérience seule devait démontrer l'impossibilité de telles clauses ; maintenant cette impossibilité est un fait acquis ; mais l'expérience était nécessaire.

D'autre part, les tâtonnements effectués, les incidents survenus, les interminables discussions entre Marine et fournisseurs ont attiré l'attention sur toutes les difficultés du problème à résoudre ; une documentation considérable et fort intéressante a été réunie, qui devait ensuite servir à l'établissement de clauses automatiques très complètes, à coup sûr les mieux étudiées de tous les départements ministériels.

Le mérite de ce beau résultat revient tant aux services industriels de la Marine qu'à la Chambre syndicale des constructeurs de navires.

Par un phénomène curieux, la Marine marchande, qui avait la première introduit des clauses automatiques, devait, nous l'avons vu, suivre un chemin inverse en adoptant ultérieurement des clauses semi-automatiques, puis de véritables contrats en régie intéressée, sur la base des frais généraux réels et d'un bénéfice forfaitairement fixé, d'ailleurs variable pour les diverses parties de la fourniture ; par exemple, ont été construits en régie un paquebot à grande vitesse de 40.000 tonnes, un nautonaphte destiné à la ligne de Madagascar, etc. ; de même, le marché du transatlantique *Nor-mandie* prévoit que le prix de revient, majoré de 10 % pour bénéfice, sera comparé au prix du marché ; plus l'excédent de bénéfice sera important, plus grande sera la partie qui en sera ristournée à l'armateur ; plus il sera petit, plus forte sera la majoration de prix accordée par lui ; mais, si la ristourne est illimitée, la majoration ne peut en aucun cas excéder 3 ½ % du montant du marché ; c'est là un exemple unique ; car la majoration, que nous verrons géné-

ralement limitée par en bas, est toujours illimitée par en haut ; cette évolution, à première vue assez inexplicable, paraît due à des circonstances particulières : la Marine marchande a toujours cherché à réduire l'indépendance des grandes compagnies de navigation, c'est là sa raison d'être ; pour cela, elle est conduite à limiter leur initiative en ce qui concerne les prix consentis par elles aux chantiers ; elle devait donc préférer aux contrats forfaitaires des marchés en régie intéressée, qui basent les prix d'achat sur les seules dépenses effectuées, avec cristallisation du bénéfice ; maintenant que la mainmise sur les compagnies privées se réalise peu à peu, directement ou indirectement, la Marine marchande revient quand elle le peut aux marchés forfaitaires purs, sans révision.

Au contraire, la Marine militaire, d'abord très rebelle aux clauses automatiques, s'y est peu à peu convertie, en constatant les innombrables difficultés suscitées par les clauses de principe ; nous avons décrit cette évolution en ce qui concerne les services techniques et la Commission centrale des marchés industriels ; de son côté la Commission centrale des marchés commerciaux, après avoir été longtemps hostile à toute révision, finissait par se rallier aux clauses automatiques (Note 74 D. du 8 juillet 1926), afin de conserver ses plus anciens et plus fidèles fournisseurs et, par là, de maintenir la concurrence ; toutefois, elle prévoyait que, « quel que soit le soin apporté à la rédaction des clauses, leur application n'entrerait pas dans la pratique courante des services de la Marine sans difficultés ni tiraillements avec les titulaires des marchés » ; elle leur donnait néanmoins une adhésion de principe.

Ainsi, au milieu de 1926, la Marine de guerre abandonnait définitivement les clauses de principe et adoptait les clauses automatiques ; à la même époque, sous la pression des fournisseurs, d'autres administrations, jusqu'alors hostiles à toute clause de révision finissaient par céder ; mais, contrairement à la Marine, elles adoptaient d'emblée les clauses automatiques sans faire la longue et pénible expérience des clauses de principe.

Nous consacrerons notre quatrième chapitre à l'étude détaillée des clauses automatiques.

CHAPITRE IV

Les clauses automatiques

Les clauses automatiques sont celles dont l'application, fixée par le marché dans tous ses détails, ne peut laisser place à aucune discussion ; nous verrons qu'à cet égard de nombreuses clauses ne réalisent en fait qu'un automatisme imparfait.

Les clauses automatiques décomposent le prix de la fourniture en un terme invariable, dit partie fixe, et un ou plusieurs termes révisables ; nous appellerons *paramètres* les divers éléments (main-d'œuvre, charbon, cuivre, etc.) dont la variation entraîne une révision du prix ; nous appellerons *coefficient d'un paramètre* la variation du prix total pour une variation d'une unité du prix du paramètre correspondant ; ce coefficient, dont la valeur numérique est souvent donnée par le contrat, représente donc théoriquement un nombre d'heures de travail pour la main-d'œuvre, ou un poids pour une matière première. Mais, dans la pratique, il est plus commode de remplacer le coefficient par le pourcentage révisable en fonction d'un paramètre déterminé : on répartira ainsi le prix total, par exemple, en 20 % de partie fixe, 40 % de partie révisable d'après le paramètre salaires, 10 % révisable d'après le paramètre charbon, etc.

Les clauses automatiques ont un caractère essentiellement forfaitaire ; elles continuent donc à s'appliquer, même si la révision qui en résulte ne correspond à aucune variation dans le prix total ;

par exemple, une clause fixant le prix du pain d'après celui du blé s'applique même si l'augmentation du blé est compensée par une ristourne consentie aux minotiers et si, par conséquent, elle ne se répercute pas sur le prix du pain (C. E., 8.4.27, Min. Justice, R., p. 474) ; le même principe conduirait à appliquer strictement des clauses automatiques, même si leur résultat était de sens inverse à la variation réelle du prix total ; leur grand avantage est précisément de supprimer toute recherche sur les prix réels des marchandises faisant l'objet du marché.

De même, une clause fixant la prime kilométrique en partant d'une valeur initiale de 1 fr. 85 pour un litre d'essence s'appliquera sans changement quelle que soit la source d'énergie employée (marché passé par la Ville de Paris le 28.4.21 pour l'enlèvement des ordures ménagères) ; un entrepreneur qui substituera un rouleau à pétrole au cylindre à vapeur prévu par le marché continuera à être payé suivant le prix du charbon (circ. min. Trav. publ. du 15. 1.20).

De même encore, la substitution d'engins mécaniques à des ouvriers ne diminuera en rien le pourcentage à réviser d'après les salaires.

Ainsi, contrairement à ce qui se passerait avec les clauses de principe, la fabrication pourra être transformée sans qu'il en résulte aucune investigation ni discussion.

Nous avons longuement exposé comment les clauses automatiques s'étaient introduites dans les marchés de la Marine ; nous devons dire maintenant la place qu'elles occupent dans l'ensemble des marchés administratifs.

Mettons à part *les marchés de travaux publics qui suivent des règles spéciales* : la plupart se traitent sur série de prix ou à l'unité de mesure ; le caractère forfaitaire est chez eux très réduit ; sur bien des points, ils se rapprochent plutôt de la régie ; nous l'avons vu en parlant des articles 28 et 33 (chap. I, sect. II, A) et de la jurisprudence des déblais (chap. I, sect. II, c, a) ; l'utilité d'introduire des clauses de révision ne devait donc que rarement se poser pour les marchés de travaux publics.

Pendant la guerre d'ailleurs, l'État prit à sa charge tous les suppléments, par rapport aux prix d'avant-guerre, des dépenses accu-

sées par les feuilles de paye et les factures ; les entreprises devinrent de véritables régies, simples ou intéressées ; ce système, dit de la « régie Claveille », fut aboli par une circulaire en date du 15 janvier 1920 ; le ministre des Travaux publics y prescrivait les nouvelles règles à adopter : l'article 33 ne suffisait plus car, trop fréquemment applicable, il aurait conduit à de nombreuses résiliations ; l'entrepreneur devait être efficacement intéressé à réduire les dépenses, sa gestion ne devait plus comporter aucune immixtion administrative ; pour concilier ces divers desiderata, le ministre recommandait l'introduction de clauses de révision ; il donnait seulement des directives générales ; il indiquait comme exemple un système de clauses basant la révision des prix sur la révision préalable et contradictoire de bordereaux de salaires et de matières ; la porte était donc laissée ouverte à de nombreux litiges possibles ; mais les ingénieurs en chef gardaient toute latitude quant aux modalités d'application ; ils pouvaient ainsi, s'ils le jugeaient utile, introduire des clauses réellement automatiques. L'application aux marchés de travaux publics de la circulaire du 15 janvier 1920 dura peu ; l'Administration centrale en reconnut les inconvénients, et, sans que la circulaire soit abrogée, ses prescriptions tombèrent peu à peu dans l'oubli. Actuellement, aucune directive ministérielle ne prescrit ni n'interdit les clauses de révision ; la plus grande initiative est laissée aux ingénieurs en chef, dont les propositions sont généralement approuvées ; des clauses de révision proprement dites ne sont introduites par les services dépendant du ministère des Travaux publics que dans certains cas particuliers, se rapportant plutôt à des marchés de fournitures (remorqueurs, navires divers, portes pour écluses, etc.).

Les marchés de travaux publics passés par les autres administrations suivent généralement les mêmes règles que ceux passés par le service des Ponts et Chaussées ; cependant, pour les marchés de longue durée, les différents Services de la Ville de Paris adoptent de véritables clauses de révision, d'un genre très spécial, et dont nous parlerons ultérieurement (chap. IV, sect. X) ; ils ont été, dans des cas exceptionnels, imités par d'autres administrations (Tabacs, Allumettes, Travaux maritimes, C.P.D.E.).

Les quelques marchés de travaux publics qui comportent des clauses de révision écartent généralement l'application de l'article

33 ; mais ils limitent souvent alors à $1/6^e$ la part de l'augmentation de prix restant à la charge de l'entrepreneur.

Nous laisserons également de côté les *marchés de concession* : les clauses automatiques y sont la règle, qu'il s'agisse de distribution d'énergie électrique ou de transports automobiles ; elles font varier dans le temps le prix du service rendu ; mais celui qui demande un service sait combien il le paiera ; elles sont donc essentiellement différentes des clauses que nous étudions et qui modifient le prix postérieurement à la demande de service. Un autre cas particulier, dérivé du précédent, est celui des contrats passés par les administrations avec les compagnies privées pour la fourniture d'énergie électrique : le prix du kilowattheure y est généralement fixé d'après les indices haute tension et basse tension établis par le ministère des Travaux publics.

Signalons enfin un dernier cas particulier, celui des *marchés de matières se trouvant dans le commerce ou dont la durée de fabrication est très courte* ; ici, le marché prévoit une série de commandes largement échelonnées dans le temps ; le prix de chacune d'elles est fixé par des formules de révision d'après les cours en vigueur au moment de leur passation ; mais il ne varie pas pendant le temps de fabrication, supposé faible. De telles clauses sont appliquées par les diverses administrations pour les commandes de charbon ou de diverses matières premières (pétrole et ses dérivés, ciment, métaux, etc.) ; en ce qui concerne les produits fabriqués, nous les rencontrons aux Finances (feuilles d'étain pour le paquetage du tabac à priser), aux P.T.T. (câbles télégraphiques ou téléphoniques).

Considérons maintenant le cas de *fournitures longues à fabriquer*, auquel cette étude est principalement consacrée.

Certaines administrations ont adopté des clauses de révision à contre-cœur, sous la poussée des industriels, pendant la seule période d'instabilité monétaire et en particulier de 1926 à 1928 ; elles sont revenues aux marchés strictement forfaitaires depuis 1928 ; tels sont la Guerre, l'Air et les P.T.T.

La Marine marchande, qui avait la première adopté des clauses automatiques, tend également à revenir aux marchés forfaitaires purs chaque fois que cela est possible ; mais les fluctuations écono-

miques actuelles obligent à maintenir des clauses de révision dans les marchés exigeant de longs délais, par exemple pour la construction des grandes unités.

Seuls, deux services du ministère de la Guerre continuent à employer des clauses de révision ; le Service de l'habillement qui n'a pas cessé de les introduire depuis 1920 et la Commission des frontières.

Si le ministère de l'Air a abandonné les clauses, c'est parce qu'il tient ses fournisseurs, dont il est souvent l'unique client ; il peut leur imposer sa volonté mais, comme il doit aussi les soutenir, il admet implicitement que les marchés suivants tiendront compte des variations de dépense constatées sur les précédents.

Exceptionnellement, le Service des Tabacs a adopté des clauses de révision pour un marché de bobines de papiers à cigarettes (octobre 1931) et l'Imprimerie nationale pour un contrat relatif à l'entretien d'accumulateurs.

Les compagnies de chemin de fer utilisent aussi des clauses de révision pour leurs marchés quand la durée en est particulièrement longue (construction ou réparation de locomotives ou de matériel roulant, fournitures pour le service de la Voie, etc.).

Enfin les grandes sociétés concessionnaires de la Ville de Paris (Gaz de Paris, C^{ie} parisienne de distribution d'électricité, Métropolitain, S.T.C.R.P.) insèrent fréquemment des clauses dans leurs marchés importants.

En résumé, *les seules administrations ayant utilisé de façon suivie les clauses de révision sont les deux Marines, les compagnies de chemins de fer et les grandes sociétés concessionnaires de la Ville de Paris ; aucune d'elles ne leur a donné, et de loin, une aussi grande extension que la Marine de guerre.*

Ce sont donc les marchés de la Marine que nous continuerons à examiner de plus près ; mais ce que nous dirons des clauses automatiques en général s'appliquera à toutes les administrations ; et nous signalerons, le cas échéant, les règles particulières à chacune d'elles.

Nous ne tiendrons pas compte de la fréquence des clauses ; nous étudierons donc longuement une clause intéressante introduite une seule fois dans un marché isolé, mais nous négligerons une clause

sans intérêt répétée dans de nombreux marchés ; et naturellement, envisageant des milliers de clauses, nous ne nous attacherons qu'à leurs différences de fond, et non à leurs différences de formes.

Nous examinerons successivement les questions communes aux divers paramètres et les questions spéciales à chacun d'eux ; nous rechercherons enfin comment doivent être choisis les paramètres.

SECTION I

La date exacte des valeurs de base

Nous appellerons *valeurs de base* les valeurs de chaque paramètre qui servent de base à la révision : ce sont la *valeur initiale* (ou *valeur d'origine*) et la *valeur de comparaison*.

A. — DATE EXACTE DE LA VALEUR INITIALE

Deux cas sont à considérer suivant qu'il s'agit d'un marché de matières ou d'objets transformés.

a) *Marché de matières*

Le fournisseur doit livrer des matières, sans leur faire subir aucune transformation ; il pourra donc se les procurer dès notification de la commande ; aussi la révision ne concerne-t-elle que l'intervalle entre la soumission et la commande.

Supposons d'abord que la matière soit régulièrement cotée par une bourse du commerce, une publication périodique, etc. ; alors le problème se simplifie ; le soumissionnaire n'indiquera pas un prix ferme, mais une majoration ou un rabais par rapport au cours coté au moment de la commande s'il n'y en a qu'une, de chacune d'elles s'il s'agit d'un marché à commandes échelonnées ; au fond, dans ce cas très particulier, valeur d'origine et valeur de comparaison coïncident pour former le prix du marché ; *les variations de*

prix entre la soumission et la commande n'interviennent donc plus et le cas serait entièrement réglé si les cours étaient publiés chaque jour ; mais il n'en est généralement pas ainsi : aucun cours n'est publié le dimanche ; certaines matières sont cotées à intervalles réguliers ou non ; quel cours sera considéré comme celui de la commande ?

La question s'est posée dans la Marine à propos des marchés à commandes successives visés par les circulaires de 1907 ; celles-ci se référaient au *Journal Officiel* qui ne publiait des cours que tous les samedis ; la valeur à considérer était celle insérée au *Journal Officiel* du samedi précédant la commande. L'aléa ne portait donc plus que sur un temps inférieur à une semaine ; et cependant, le 26 juillet 1928, la Chambre syndicale des métaux protesta contre cette disposition alors en vigueur depuis 21 ans ; voulant supprimer en cas de hausse l'ultime aléa qui restait à la charge des fournisseurs, elle proposa d'adopter le cours inséré au *Journal Officiel* du lundi suivant la commande ; cette règle avait déjà été adoptée par divers services ; cependant, après examen en mai et juillet 1929 par les deux commissions centrales intéressées, le Département décida (D.M. 240 C.N.3 du 11.7.29) que la valeur de base serait dorénavant la moyenne arithmétique des cours publiés aux deux dates les plus rapprochées de la commande, avant et après celle-ci ; la solution adoptée, qui encadre la commande, paraît la plus judicieuse.

La question n'offre d'ailleurs qu'assez peu d'intérêt quand les cours sont hebdomadaires ; elle peut devenir importante s'ils ne paraissent qu'à des dates plus espacées.

Supposons maintenant que les matières ne fassent pas l'objet de cotations régulières : alors le fournisseur doit indiquer un prix ferme ; le cas est le même que celui des objets transformés.

b) Marchés d'objets transformés

C'est le cas général.

Il ne peut se ramener au précédent ; les habitudes administratives s'opposent en effet à ce que le prix d'un marché soit défini de la façon suivante : 20 000 francs, plus 50 fois le cours du quintal de cuivre le jour de la commande, plus 10 fois le cours du quin-

tal de zinc le même jour : elles exigent au contraire que le marché, bien que révisable, indique un prix ferme à la soumission.

Il semble donc que la valeur initiale doive être prise à la date de la soumission ; de fait, c'est ainsi que procèdent par exemple la Marine marchande et le P.-L.-M.

Mais, en réalité, les devis sont d'autant plus longs à établir que la fourniture est plus compliquée ; il n'est pas facile de les modifier in extremis pour tenir compte des variations de valeurs pendant les derniers jours ; aussi le fournisseur sera-t-il obligé de se baser sur les cours atteints au moment où, les principaux éléments du devis étant réunis (nombre d'heures, poids des matières, etc.), il faut procéder à leurs multiplications par les prix. Ce moment se placera donc entre le début et la fin de la confection du devis, mais beaucoup plus près de la fin que du commencement. Ainsi, *la date des valeurs initiales sera généralement antérieure à celle de la soumission* : l'écart est par exemple de 1 mois pour l'Air, 2 mois pour la Commission des frontières, 3 mois pour le Service de la voie du P.-L.-M., 5 mois pour le Service de la traction de l'Est et la Guerre, etc. ; pour la Marine, il varie dans de très grandes limites : en général, il semble qu'il ne devrait pas dépasser le maximum d'un mois ; l'État ne devrait jamais consentir à adopter des valeurs de base antérieures de plus d'un an à la soumission, comme cela s'est passé pour quelques marchés importants (8 mois pour des sous-marins, 9 mois pour le croiseur-école, 13 mois pour des batteries de côte, etc.).

Quand les salaires de base sont constatés chez le fournisseur, l'adoption d'une date, quelle qu'elle soit, antérieure à la remise de la proposition, est particulièrement dangereuse car le fournisseur pourrait majorer ses salaires aussitôt après avoir remis sa soumission ; il conviendrait, dans ce cas, de déterminer le salaire d'origine d'après la moyenne d'un certain nombre de quinzaines *avant et après la soumission* (P.V. C.C.M.I., 7.10.25).

Il est illogique de déterminer les valeurs initiales par rapport à la signature du marché, comme le fait le ministère de l'Air, car l'intervalle écoulé entre la soumission et la signature du marché est indépendant de la volonté du fournisseur.

Certains marchés de bâtiments passés par les Constructions navales indiquent des dates différentes pour les diverses valeurs

initiales ; ainsi le marché des escorteurs *La Melpomène* et *La Flore* fixe ces dates à 3 mois avant la signature pour les matières et 1 mois après pour la main-d'œuvre ; aucune raison logique ne nous paraît pouvoir justifier une telle différence, puisque tout est une question de date de devis.

L'État ne devrait pas permettre d'introduire dans les clauses une fantaisie apparente qui pourrait n'être qu'un calcul habile du fournisseur.

B. — DATE EXACTE DE LA VALEUR DE COMPARAISON

Elle dépend en général, directement ou indirectement, de la notification du marché (chap. V, sect. II, A) ; mais elle est très différente suivant qu'il s'agit de la main-d'œuvre ou des matières.

a) *Main-d'œuvre*

L'idée la plus simple est d'adopter une *date unique* pour la valeur de comparaison ; c'est ainsi que procèdent par exemple l'Artillerie navale, la Commission des frontières et le Métropolitain (marchés d'appareils électriques) ; mais les fournisseurs, qui pendant des années n'ont envisagé que la révision résultant d'une hausse des cours, ont toujours eu tendance à reculer la date de comparaison ; c'est ainsi que les marchés de l'Artillerie navale, pour un délai contractuel de 1 à 2 ans, fixent invariablement la date de comparaison pour les salaires à 2 mois avant la livraison, ce qui est manifestement trop tard ; aussi la Sous-inspection des fabrications d'Artillerie navale du Creusot, par notes 1466 du 10 avril 1931 et 994 du 11 mars 1932, a-t-elle signalé cette anomalie et proposé des dates cadrant mieux avec la répartition de la main-d'œuvre dans le délai contractuel ; elle recherchait l'époque à laquelle la moitié de la main-d'œuvre est dépensée et concluait, après relevés effectués sur différents marchés, que cette époque se situait à peu près à 55 % du délai contractuel ; naturellement, il s'agit là d'un cas d'espèce et la date de comparaison doit être déterminée pour chaque genre de marchés.

Mais l'adoption d'une date unique, quelle qu'elle soit, ne rend que très imparfaitement compte de la réalité ; la *moyenne d'une*

période s'en rapproche un peu plus ; ainsi *l'Usine*, au moment le plus critique de la baisse du franc (n° du 31.7.26, p. 3), préconisait l'adoption du mois précédant la livraison, comme le faisaient déjà les compagnies de chemins de fer pour certains marchés (sabots de freins en particulier) ; la Société des transports en commun de la région parisienne adopte le deuxième mois avant la livraison. Ce système revient à peu près au précédent, puisque le salaire d'une date fixe est généralement celui de la quinzaine correspondante ; il présente les mêmes inconvénients ; en particulier les dates adoptées sont beaucoup trop tardives ; les fournisseurs s'en seront aperçus quand ils auront dû baisser leurs salaires... Il faut donc calculer les salaires de comparaison pendant une période supérieure à un mois ; ainsi l'Air adopte les trois mois précédant la livraison contractuelle ; les P.T.T. et l'Est prennent la moyenne des salaires supposés uniformément répartis sur tout le délai contractuel.

En réalité, la répartition de la main-d'œuvre est très variable dans le temps ; au début, il y a toujours une période de démarrage, d'autant plus longue que le travail est plus compliqué ; pendant ce temps, les bureaux d'étude, de dessin, des temps, les services commerciaux et d'achat, etc. fonctionnent à plein, la main-d'œuvre productive est inexistante ; elle croît ensuite jusqu'à un maximum, puis décroît pour atteindre une valeur très faible à la fin du travail ; pour tenir compte de ces faits, on peut négliger les deux ou trois premiers mois, supposés correspondre à la période de démarrage, comme le font le P.-L.-M. (marché de wagons, tenders, etc.) et le Métropolitain (service de la voie) ; on peut aussi adopter une période inférieure au délai contractuel, mais dont le milieu coïncide avec le maximum constaté ; c'est ainsi que la Sous-inspection du Creusot, ayant constaté que pour ses marchés le maximum de main-d'œuvre était voisin de 55 %, proposa de prendre la moyenne des salaires pendant la période s'étendant de 40 % à 70 % du délai contractuel.

Mais le seul procédé exact pour un marché important de longue durée consiste à *évaluer d'avance la répartition de la main-d'œuvre pendant toute la durée de la fourniture* et à *affecter chaque mois d'un coefficient correspondant* ; ainsi, pour la construction d'un navire

s'étendant sur 32 mois, chaque mois à partir de la notification sera affecté d'un coefficient :

$$n_1 = 0,05 \quad n_2 = 0,10 \quad n_3 = 0,15... \\ ...n_{17} = n_{18} = n_{19} = 5... \quad ...n_{31} = 0,10 \quad n_{32} = 0,05$$

La somme des coefficients n est égale à 100 ; chaque coefficient représente le pourcentage de main-d'œuvre prévu pour le mois correspondant. Si, par exemple, le marché est de 20 millions, sur lesquels 10 millions sont révisables suivant les salaires, ces 10 millions seront répartis de la façon suivante pendant la construction :

1^{er} mois : 5.000 francs ; 2^e mois : 10.000 francs ; 3^e mois : 15.000 francs... ; 17^e, 18^e et 19^e mois : chacun 500.000 francs... ; 31^e mois : 10.000 francs ; 32^e mois : 5.000 francs.

La somme correspondant à chaque mois sera révisée d'après le salaire du mois correspondant comparé au salaire d'origine S_0 ; on fera ainsi intervenir 32 salaires de comparaison $S_1, S_2..., S_{32}$. Par exemple la révision correspondant au troisième mois sera :

$$15.000 \frac{S_3 - S_0}{S_0}$$

La formule ainsi adoptée s'étendra sur plusieurs lignes, mais elle serrera la réalité d'aussi près que possible.

Les coefficients n s'obtiendront à partir d'un marché analogue déjà terminé et pour lequel on aura relevé les nombres d'heures dépensées chaque mois ; on en déduit la courbe donnant ces nombres d'heures en fonction du temps ; on la corrige pour ramener la période d'exécution dans les délais contractuels, ainsi que nous l'avons vu pour l'application des clauses de principe et l'on en déduit les divers coefficients n .

En général, nous l'avons dit, la main-d'œuvre dépensée est très faible au début et à la fin ; elle atteint son maximum entre 40 et 60 % de la période contractuelle ; mais, naturellement, la forme de la courbe varie pour chaque genre de fourniture et doit être étudiée en conséquence.

Il paraît difficile de justifier a priori les coefficients adoptés dans les plus récents marchés de sous-marins et qui dérivent de courbes à 5 maxima et 5 minima !

La révision par coefficients mensuels est adoptée dans presque tous les marchés des Constructions navales et dans les marchés de tourelles passés par l'Artillerie navale ; exceptionnellement, la

Guerre l'a introduite dans quelques-uns de ses marchés, en copiant textuellement les clauses élaborées par la Marine ; seul ce dernier ministère a donc étudié, et considérablement perfectionné, la révision par coefficients.

Nous verrons enfin, en étudiant le paramètre salaires, que le Gaz de Paris adopte un système à la fois plus et moins perfectionné : il établit en effet une moyenne uniforme sur certaines périodes, mais considère des périodes différentes suivant les spécialités et les salaires correspondants.

b) Matières

Si la main-d'œuvre est répartie sur presque tout le délai contractuel, les dépenses de matières sont concentrées dans les tout premiers mois.

Évidemment, le fournisseur ne peut souvent acheter dès la notification toutes les matières qui lui seront nécessaires sous peine d'immobiliser un capital trop considérable.

Mais :

1^o les commandes doivent être faites un temps appréciable avant la mise en œuvre, pour ne pas retarder la fabrication ;

2^o bien des matières peuvent faire l'objet de marchés à termes, dont l'avantage est précisément de supprimer tout aléa pour le fournisseur ;

3^o les sociétés importantes possèdent souvent en stock, à la signature du marché, toutes les matières qui leur seront nécessaires pour la fabrication correspondante ; les matières qu'elles commandent servent donc en réalité à reconstituer leurs stocks ; leurs prix interviendront pour les marchés suivants, le marché en cours ne sera basé que sur les prix antérieurs à la soumission.

Ces divers motifs, valables pour diminuer le pourcentage révisable suivant les matières, le sont aussi pour *rapprocher la date de comparaison de la date de soumission*.

Si donc une date unique ou une période est choisie pour déterminer la valeur de comparaison des matières, elle doit être très rapprochée de la notification ; ainsi ont été adoptés : le 1^{er} mois par le Gaz de Paris, le 2^e mois par le Métropolitain, la période allant de la 2^e à la 6^e semaine par l'Est, les deux premiers mois

par l'Air ; si la date de remise des dessins est postérieure à la notification, c'est elle qui détermine la révision (marchés de l'Est) ; les diverses dates de comparaison que nous venons d'indiquer nous paraissent normales.

Mais ici encore, les fournisseurs, habitués à une hausse continue des prix, ont demandé et obtenu des dates de comparaison beaucoup plus éloignées, allant jusqu'au 4^e mois pour la Guerre, au 8^e pour l'Est, au 9^e pour les P.T.T., au 10^e pour la Marine marchande, au 12^e pour l'Artillerie navale et au 30^e mois pour les Constructions navales (marché du croiseur-école *Jeanne d'Arc*) !

Ces délais sont d'autant plus exagérés que les administrations versent souvent, dans les tout premiers mois du marché, des acomptes très importants correspondant au prix des matières ; les fournisseurs sont donc censés s'approvisionner dès ce moment ; ils ne peuvent indiquer à la fois une date éloignée pour la révision et une date plus rapprochée pour le paiement.

Les clauses précédentes supposent que le fournisseur fait ses achats à date fixe ; en réalité il dispose d'une certaine marge, à l'intérieur de laquelle il peut choisir le moment le plus favorable ; aussi la Compagnie de l'Est adopte-t-elle pour certaines valeurs de comparaison le plus faible des cours atteints pendant une période donnée.

Ici encore, le procédé le plus simple consiste à fixer une *date unique* de comparaison pour chaque matière, mais c'est aussi celui qui s'éloigne le plus de la réalité ; le procédé le plus couramment adopté prend comme valeur de comparaison la *valeur moyenne* pendant un certain nombre de mois ; le procédé le plus exact, mais aussi le plus compliqué, consiste à répartir, par des *coefficients mensuels*, les commandes de chaque matière sur la durée du marché ; il n'a été adopté que par les Constructions navales.

La forme des courbes est très variable suivant les matières ; par exemple le charbon de forge est surtout dépensé au début ; la force motrice se répartit sur toute la durée du travail ; l'huile, le pétrole sont surtout consommés à la fin ; certaines courbes peuvent présenter des pointes très accusées, si la consommation de la matière correspondante s'accumule sur un court espace de temps ; d'autres peuvent présenter des irrégularités notables

telles que paliers, dents de scie, hausses et chutes brusques, etc.

Remarquons d'ailleurs qu'à l'inverse de ce qui se passe pour la main-d'œuvre, la répartition des matières peut varier sensiblement d'un fournisseur à l'autre, suivant les stocks, les options, les achats à terme, etc. On ne pourra donc, comme on l'a fait pour la main-d'œuvre, déduire une courbe normale des constatations faites sur un marché terminé.

Enfin, il ne faut jamais perdre de vue que les dates à considérer ne sont pas celles d'utilisation mais celles des commandes de matière ; il faut donc tenir compte du décalage entre les unes et les autres.

La détermination des dates à fixer pour les valeurs de base devra se faire en recherchant un *compromis entre deux préoccupations contradictoires* : celle de ne pas s'écarter exagérément de la réalité dans une question aussi complexe, celle aussi de ne pas aboutir à des complications inadmissibles. Rappelons à ce sujet que les formules de révision adoptées par les Constructions navales s'étendent normalement sur une quinzaine de pages et exigent des milliers de relevés et de très longs calculs de moyennes ; il paraît possible de simplifier notablement, tout en restant dans des limites normales de vraisemblance.

D'ailleurs, il ne faut pas se le dissimuler, la détermination de dates à fixer pour les valeurs de base, déjà compliquée pour le fournisseur, l'est plus encore pour l'État qui ne possède pas la même documentation ; pendant toute la période de hausse, les fournisseurs ont indiqué des dates nettement trop éloignées et ont ainsi exagéré les plus-values résultant de la révision ; mais cette inexactitude a commencé à se retourner contre eux en exagérant les moins-values pendant la période de crise ; ils seront ainsi conduits à adopter à l'avenir des dates plus exactes ; si donc l'État fait son profit des constatations qu'il peut effectuer et de l'expérience qu'il acquiert, s'il empêche les fournisseurs d'indiquer des dates très différentes en période de hausse et en période de baisse, l'équilibre se fera par tâtonnements et approximations successives et ainsi, peu à peu, on se rapprochera automatiquement de la réalité.

Certaines clauses adoptées par l'Artillerie navale et quelques compagnies de chemins de fer basent la révision sur les dates de livraison réelles et non sur les dates contractuelles ; nous les étudierons au chapitre V, section II, en parlant des livraisons retardées et anticipées.

SECTION II

Les valeurs initiales doivent-elles être inscrites dans le marché ou constatées après coup ?

Le marché peut se borner à préciser, comme nous l'avons vu, la date exacte des valeurs initiales ; celles-ci sont alors constatées après coup de la même façon que les valeurs de comparaison ; mais il peut également fixer de façon définitive les valeurs initiales sans en préciser la date.

Les marchés à clauses automatiques utilisent l'un ou l'autre procédé ; le premier nous paraît nettement préférable, car il évite toute surprise. Le marché doit nécessairement préciser comment seront constatées les valeurs de comparaison ; il suffit donc, sans nouvelle étude, d'indiquer que les mêmes modalités seront adoptées pour la constatation des valeurs initiales. Au contraire, avec le deuxième procédé, si l'on s'aperçoit après coup que les valeurs initiales réelles diffèrent fortement de celles qui sont inscrites au marché, on ne pourra néanmoins qu'appliquer la lettre de celui-ci et l'une des parties sera gravement lésée ; cette partie sera d'ailleurs très probablement l'acheteur, qui ne peut contrôler les salaires du vendeur qu'après notification du marché ; par contre le vendeur ne risque qu'une erreur personnelle, il lui appartient de l'éviter. S'il s'agit de matières, le deuxième procédé peut indifféremment léser l'une ou l'autre des parties.

Des difficultés peuvent surgir quand les deux procédés sont utilisés simultanément ; par exemple, les projets des premiers

marchés à clauses automatiques (appareils moteurs des sous-marins type *Pascal* et du croiseur *Suffren*) comportaient en renvoi l'indication des valeurs initiales des salaires et primes ; mais le texte spécifiait que ces valeurs seraient calculées d'après les constatations faites en octobre 1925 ; une contradiction pouvait donc se produire entre les valeurs inscrites et les valeurs réelles. Aussi deux D.M. du 3 février 1926 prescrivirent-elles de mentionner dans le marché que les valeurs indiquées étaient données seulement sous réserve des vérifications ultérieures.

L'Instruction générale sur les marchés de la Marine, modifiée par Circulaire ministérielle du 23 août 1926, précise qu'en cas de contradiction les coefficients seront modifiés en y remplaçant la valeur réelle par la valeur inscrite ; cette clause, appliquée jusqu'en 1926, donna lieu à une cinquantaine de corrections des valeurs initiales inscrites dans le marché ; les corrections étaient en nombre égal positives ou négatives ; les divergences ne résultaient donc pas d'erreurs systématiques de la part des fournisseurs et à leur avantage, mais provenaient du fait que les valeurs initiales ne sont pas toujours exactement connues au moment de la signature du marché.

Un 51^e cas se posa en 1929 : un marché, passé par l'Artillerie navale, indiquait que le salaire initial était $S_0 = 3$ fr. 1135 et ajoutait : « S_0 et S seront vérifiés par l'Inspection des fabrications qui adressera un certificat spécial au service liquidateur » ; or cette vérification fit ressortir que le salaire du mois considéré était en réalité 2 fr. 935. Le prix de 3 fr. 1135 avait été inscrit dans le marché par le fournisseur, qui était donc seul responsable de l'erreur commise ; néanmoins la Direction centrale de l'artillerie navale assimila ce cas aux 50 précédents et proposa d'adopter comme salaire de base le salaire réel, résultant de la vérification imposée par le marché. Le Contrôle administratif et le Contrôle des dépenses engagées s'y opposèrent en déclarant que la vérification n'était stipulée que dans l'intérêt de la Marine ; le sous-secrétaire d'État leur donna raison le 7 février 1930 et prescrivit d'insérer dans les futurs marchés une clause aux termes de laquelle seules seraient redressées les erreurs préjudiciables à la Marine.

Cette décision quelque peu léonine était susceptible de soulever auprès des fournisseurs de vives protestations et d'entraîner des difficultés sur lesquelles les Directions techniques attirèrent l'atten-

tion du sous-secrétaire d'État. Le 12 août 1930, le sous-secrétaire d'État Rio revint donc sur la décision de son prédécesseur, le sous-secrétaire d'État Deligne : pour le marché en litige, il consentait à la rectification, comme *le* lui avaient suggéré tous les services directement intéressés ; pour l'avenir, il décidait que les *salaires initiaux* seraient donnés par les fournisseurs, à titre indicatif, pour la discussion des offres, mais que leurs valeurs *ne figureraient plus dans le texte des marchés* ; ils seraient fixés après coup de la même façon que les salaires de comparaison.

Après quelques détours, on en revenait ainsi à la seule solution logique : toute contradiction devant obligatoirement se régler en faveur des salaires réels, il était inutile de mentionner une valeur simplement indicative et provisoire.

SECTION III

La révision des clauses de révision

Nous avons vu que les premières clauses automatiques furent introduites au début de 1926, c'est-à-dire en pleine crise du franc ; les contractants pouvaient donc redouter des variations de prix considérables, dans un sens ou dans l'autre ; si les pourcentages, qui n'avaient encore subi l'épreuve d'aucune expérience, étaient inexacts, il pouvait en résulter des conséquences inattendues qui léseraient l'une ou l'autre des parties ; ce danger était encore accru du fait que toutes les matières furent d'abord révisables en fonction du cuivre seul ; craignant que des cascades de cours n'augmentent outre mesure leurs moins-values ou, au contraire, ne leur laissent que des plus-values insuffisantes, les fournisseurs demandèrent l'insertion d'une clause ainsi conçue : « *Les formules de correction de prix* ainsi que les modalités de paiement des variations de prix *pourront être révisées sur la demande du constructeur* dans le cas où soit le paramètre salaires, soit le paramètre cuivre, présenteraient, au cours de la période d'application, des différences en plus ou en

moins par rapport à leurs valeurs d'origine qui seraient supérieures à 66 % de ces valeurs ». La Marine eut la faiblesse d'accepter ces clauses, sans exiger la réciprocité ; toutefois elle refusa d'abaisser la limite de 66 %, comme le demandaient les fournisseurs.

La hausse des prix s'accrut notablement jusqu'au redressement d'août 1926, les métaux suivant ou même précédant la hausse de la livre qui atteignait 240 francs à la fin de juillet ; les variations par rapport au début de l'année étaient supérieures à 66 %, la clause jouait.

Aussi trois constructeurs demandèrent-ils, entre août et octobre 1926, la modification des clauses contenues dans le marché des torpilleurs *Bordelais*, *Boulonnais* et *Brestois*. Ils faisaient remarquer que le cours du cuivre, parti de 786 fr. en janvier, avait atteint 1464 fr. le 2 août ; l'un d'eux ajoutait : « Une augmentation aussi importante des cours d'un des paramètres prévus à notre marché n'a pas d'ailleurs manqué de correspondre à une modification radicale des conditions d'exécution de notre torpilleur. Les hausses des articles manufacturés et des semi-produits qui entrent pour une fraction importante dans la construction des torpilleurs dépassent d'ores et déjà toutes prévisions et tiennent compte notamment des augmentations considérables d'impôts de tous ordres, et des nouveaux prix des transports, de l'augmentation considérable de la cherté de l'argent, de l'instabilité de la monnaie, du resserrement du crédit. Enfin des variations dans les salaires dépassant en ordre de grandeur celles que nous avons pu prévoir sont envisagées dans des documents publics comme prochaines ». Les constructeurs annonçaient qu'ils proposeraient prochainement de nouvelles formules destinées à remplacer celles des marchés.

Par notes 6797 du 3 novembre 1926 et 6884 du 6 novembre 1926, le directeur de la Surveillance examinait la répercussion produite par l'élévation anormale du prix du cuivre ; la hausse par rapport au cours d'origine avait dépassé 66 % entre le 13 juillet et le 8 août 1926, avec un maximum de 86 % le 1^{er} août, puis elle était retombée aux environs de 50 % au début d'octobre ; il s'agissait donc non d'une majoration permanente mais d'une simple pointe, qui ne pouvait entraîner révision des formules. Le ministre repoussa donc la demande des fournisseurs par D.M. 14 C.N.3 du 8 janvier 1927, puis, sur une réclamation de leur part, par D.M. 195 C.N.3 du 9 décembre 1929.

Il aurait pu leur jouer un bon tour, en acceptant le principe de la révision qu'ils avaient imprudemment invoquée : en effet, pendant la période considérée, les hausses maxima avaient été de 39 % pour la tôle, 58,5 % pour la fonte et 41 % pour le charbon ; la révision basée en totalité sur le cours de cuivre, qui avait augmenté de 86 %, avantagerait donc nettement les fournisseurs ; une modification des formules, serrant la réalité de plus près, n'aurait pu que tourner au détriment des constructeurs.

Malgré cette alerte, la Marine continua à insérer la même clause dans ses plus importants marchés intéressant les constructions navales ; celui du croiseur-école (7 sept. 28) la contient encore. Mais, par D.M. 435 Cab. du 20 octobre 1928, le ministre donna des instructions pour qu'à l'avenir le droit à modification des formules soit expressément reconnu à la Marine et pour que la clause ne joue pas en cas de simples majorations en pointe.

La clause devint bilatérale dans les marchés suivants ; mais la Chambre syndicale refusa, par lettre du 22 mai 1929, l'exclusion des majorations en pointe que la C.C.M.I. lui avait proposée le 10 avril 1929.

Les marchés continuent donc à comporter une clause de révision des formules.

Nous estimons que cette clause, même bilatérale, est à proscrire absolument.

De même, la révision des formules a été admise par les P.T.T. lorsque le prix du marché varierait de plus de 50 %, par la Guerre lorsqu'un des paramètres varie de plus des $2/3$ de sa valeur initiale, par les Colonies (électrification du delta du Tonkin, J. O., 12 sept. 31, p. 10.057 et 10.060) quand la hausse des prix du charbon dépasse 30 % ; les Tabacs prévoient que, si la révision dépasse le tiers du prix du marché, un avenant fixera une nouvelle formule ou, à défaut d'entente, le marché sera résilié.

Nous avons vu qu'aucune clause de révision ou de non-révision n'empêcherait de jouer la théorie de l'imprévision si celle-ci était admise ; évidemment, une des parties ne peut exciper de son ignorance ou de sa négligence pour demander l'annulation d'une clause signée par elle, sous prétexte qu'elle n'en avait pas prévu les conséquences (C.E., 21.5.26, ville de Harfleur, R., p. 533) ; mais, si ces

conséquences excédaient les prévisions normales des parties, la théorie de l'imprévision en suspendrait l'application, soit au bénéfice du fournisseur, soit à celui de l'Administration (C.E., 4.11.32, Eau et Assainissement, D.H. 1933, p. 57).

Cependant nous savons qu'en fait la théorie est inapplicable et inappliquée dans le droit administratif comme dans le droit civil français : c'est pour échapper aux inconvénients de la révision par bienveillance administrative ou à ceux des clauses de principe que les clauses automatiques ont été introduites ; or la clause de révision des formules ramène précisément au point de départ ; quand elle joue, la situation est encore beaucoup moins nette qu'avec les clauses de principe, toutes les incertitudes renaissent, toutes les discussions recommencent ; le bienfait des clauses automatiques est donc détruit et l'on revient aux inconvénients mêmes que les parties cherchaient à éviter.

Les formules de révision doivent exclure toute révision des formules.

Mais la clause introduite par le Service de la voie du P.-L.-M. est acceptable, qui laisse à l'acheteur la faculté de suspendre l'exécution du marché quand la hausse résultant de la révision dépasse 30 % du prix convenu et au vendeur la faculté de transformer cette suspension en résiliation.

La clause du Métropolitain (ballastage et pose des voies), qui prévoit une résiliation sans indemnité quand la révision atteint 25 % du prix, n'est avantageuse ni pour l'entrepreneur ni pour la compagnie ; elle nous paraît donc à rejeter.

SECTION IV

Le pourcentage limite et la marge neutralisée

Le pourcentage limite est le pourcentage d'augmentation à partir duquel il y aura révision pour un paramètre déterminé ; nous l'appellerons marge neutralisée si la partie de la révision qui lui correspond est supprimée dans tous les cas ; autrement dit, la marge

neutralisée est un pourcentage limite avec exonération correspondante à la base.

Sa valeur est très différente suivant les administrations ; elle varie le plus souvent de 5 à 10 %.

Voici quelques exemples de pourcentages limites adoptés par diverses administrations :

0 : Marine (depuis 1930), Guerre, Marine marchande, Tabacs (construction de bâtiments), grandes Compagnies de chemins de fer, Ville de Paris (services d'architecture), Métropolitain, S.T.C.R.P., Gaz de Paris ;

2 % : Colonies (concession d'énergie électrique) ;

2,5 % : P.T.T. (sur le prix total, et non sur chaque élément pris en particulier) ;

5 % : Air, Marine (jusqu'en 1929), Travaux publics (Circulaire du 15.1.20, grande forme de St-Nazaire, énergie électrique haute tension), Tabacs (papier à cigarettes), Commission des frontières (seulement depuis la crise actuelle, pour faire bénéficier au maximum l'État de la baisse prévue sur les salaires), Métropolitain, S.T.C.R.P. ;

10 % : Guerre, Travaux publics (entreprises de transports, énergie électrique basse tension, etc.), Marine marchande, Commission des frontières (avant la crise actuelle) ;

15 % : Service d'Architecture de la ville de Paris (de 1920 à 1925) ;

17 % : Service de l'habillement au Ministère de la Guerre ;

33 % : Marchés de travaux de la Guerre (art. 41 des conditions générales du 15 oct. 21).

Ces pourcentages limites sont, le plus souvent, des marges neutralisées.

En examinant le cas particulier de la marine de guerre et l'évolution suivie par elle, nous allons rechercher *s'il convient de réduire ou d'augmenter la marge neutralisée.*

Les marchés du programme naval de 1922 prévoyaient en général une marge neutralisée de 5 % et, dans certains cas, de 8 %. Pour les marchés ne contenant aucune clause et dont la révision était néanmoins effectuée par bienveillance administrative, la marge neutralisée était au moins de 10 %, les fournisseurs ayant alors pu tabler sur des aléas plus importants et le bénéfice n'étant jamais considéré comme un droit pour le fournisseur.

Les marchés à clauses automatiques neutralisaient d'abord une marge de 5 %, établie à la demande du Contrôle administratif pour laisser au fournisseur une part d'aléa ; la hausse seule était alors envisagée et le Contrôle voulait éviter que la Marine soit seule à la supporter.

En réalité, la part d'aléa restant à la charge du fournisseur est supérieure à la marge neutralisée ; elle augmente avec le pourcentage fixe et le nombre des matières qui ne rentrent dans aucun coefficient de révision.

Dès novembre 1926, le Service technique des constructions navales proposait la suppression de la marge neutralisée ; il estimait, en effet, que les fournisseurs se couvraient de l'aléa correspondant en majorant leurs prix d'autant. La marge fut donc supprimée dans de nombreux marchés passés par les Constructions navales ; elle était maintenue par l'Artillerie navale et dans plusieurs marchés des Constructions navales.

Le 11 décembre 1929, le représentant du Contrôle demanda qu'une règle fixe soit adoptée, après étude des avantages et inconvénients de chaque solution ; la C.C.M.I. proposa, le 11 décembre 1929 et le ministre décida (138 C.N.S du 1^{er} mai 1930) la *suppression générale de la marge neutralisée*. Les marchés passés par la Marine depuis cette date n'en comportent plus.

Cette mesure nous paraît regrettable.

Elle est l'aboutissement d'une évolution très nette dans les opinions de la C.C.M.I. ; jusqu'en 1926, la Marine a, nous l'avons vu, résisté tant qu'elle a pu à toutes les demandes de révision, qu'il s'agisse d'imprévision, de clauses de principe ou de clauses automatiques ; la circulaire du 23 août 1926, établie sur ses données, précise encore que les marchés révisables gardent un caractère exceptionnel (art. 110) et que la préférence devra être donnée aux offres forfaitaires ne présentant pas une différence importante avec les offres révisables (art. 111). Au contraire, à partir de 1927, bien que les prescriptions précédentes soient toujours réglementaires, la Commission, qui a mis au point le mécanisme fort délicat des clauses automatiques, manifeste une préférence très nette pour les marchés révisables ; à plusieurs reprises, elle émet l'avis que « pour obtenir les prix les plus avantageux, il est bon de réduire au mini-

mum tous les aléas dont les fournisseurs supportent les conséquences ». Elle craint qu'un fournisseur, redoutant de perdre les 5 % laissés à sa charge, ne majore son prix de 10 % pour éviter cette perte ; s'il en est ainsi, il vaut mieux que la Marine risque de payer, le cas échéant, 5 % de plus plutôt que de voir son prix ferme augmenté de 10 %.

Ce raisonnement, que nous rencontrerons à plusieurs reprises, tend à augmenter toujours les causes de révision et à mettre à la charge de la Marine tous les aléas qu'il est possible d'imaginer (variations de prix, tarifs de transports, impôts, lois sociales, etc.) ; poussé à l'extrême, il conduit au marché en régie.

Notre conclusion l'examinera dans son ensemble ; limité au cas de la marge neutralisée, il nous paraît très sujet à caution.

Tout d'abord, en cas de baisse, le raisonnement peut jouer en sens inverse ; le fournisseur, certain d'encaisser moins s'il se produit la moindre baisse, ne se couvrira-t-il pas en relevant ses prix de base ?

En réalité, les prix sont fonction du plus ou moins grand degré de concurrence bien plus que des modalités de révision ; quand la concurrence joue entièrement, les fournisseurs sont obligés d'indiquer les plus justes prix ; mais les clauses de révision sont impuissantes à faire baisser un prix artificiellement majoré par l'existence d'un cartel, d'une coalition ou d'un monopole.

D'autre part, moins il reste d'aléas à la charge du fournisseur, moins il sera intéressé à organiser rationnellement ses fabrications et ses commandes, moins par conséquent les prix auront chance de baisser.

Enfin, les révisions sont toujours compliquées et entraînent une surcharge de travail tant pour le fournisseur que pour le Contrôle ; jusqu'en 1929, la révision était évitée dans les cas, de plus en plus fréquents, où les variations étaient inférieures à 5 % ; actuellement, si le salaire horaire varie d'un millime ou le prix du quintal de cuivre de 0 fr. 10, il y a révision ! Autrement dit, il y a toujours révision quelque insignifiantes que soient les variations. Le fournisseur y perd un temps qu'il fait finalement payer à la Marine ; le Contrôle y passe des heures qu'il ne peut consacrer à ses besognes essentielles de vérification ; au total, les inconvénients pour la Marine sont donc importants.

A notre avis, ce n'est pas la suppression de la marge neutralisée qu'il aurait fallu envisager mais sa majoration.

Le système le plus courant est celui de la marge neutralisée, qui laisse dans tous les cas un aléa minimum à la charge du fournisseur.

Le pourcentage limite est trop brutal : pour une variation insignifiante des prix, il fait passer toute la charge du supplément de prix de l'une à l'autre des parties.

Un système intermédiaire est celui que préconisait la circulaire du ministre des Travaux publics en date du 15 janvier 1920 ; la part de la majoration restant à la charge de l'entrepreneur était de :

100 % pour une majoration inférieure à 10 %,

20 % pour une majoration comprise entre 10 et 20 %,

10 % pour une majoration supérieure à 20 % ;

la règle était la même pour répartir une diminution.

Ce dernier procédé est très souple et permet de faire varier à volonté la répartition, en diminuant les à-coups ou même en les supprimant complètement.

SECTION V

Les pourcentages révisables et non révisables

Le marché doit fixer le pourcentage du prix total qui restera invariable et les pourcentages variant comme chacun des paramètres adoptés ; les uns et les autres ne sont pas toujours apparents dans les formules ; par exemple, le marché peut indiquer de combien variera le prix total pour chaque variation d'un centime sur le salaire moyen ou de 0 fr. 10 sur le prix du quintal de cuivre ; le pourcentage adopté pour une matière peut même être difficile à retrouver si les valeurs initiales ne sont pas précisées ; il n'en a pas moins été calculé au moment de la soumission ; qu'il reste apparent ou soit dissimulé, sa recherche n'en a pas moins constitué la plus importante opération préliminaire au choix des clauses.

Nous savons déjà ce que doit comprendre chacun des pourcentages et n'aurons plus à revenir que sur quelques points particuliers.

Les frais généraux se divisent en une fraction fixe, une fraction variant comme les salaires et une fraction variant comme les matières : nous en avons vu la composition ; elles ne sont pas apparentes dans la formule de révision ; chacune d'elles rentre en effet dans le pourcentage correspondant ; par exemple, si la part de frais généraux variant comme les salaires est de 50 % de ceux-ci, le pourcentage de salaires directement employés sera majoré de 50 % pour former le pourcentage révisable d'après le salaire. Seul, le ministère de l'Air conserve les frais généraux dans sa formule, en spécifiant que l'augmentation donnant droit à révision sera majorée de tant pour cent (souvent 120 %, ce qui paraît nettement exagéré), « afin de tenir compte de la répercussion de cette augmentation sur les frais généraux afférents à la main-d'œuvre ». Il paraît plus simple de dissimuler les frais généraux dans les coefficients, comme le font les autres administrations.

Le fournisseur extrait ses coefficients du *devis* qu'il a dû faire avant de soumissionner (lorsque la concurrence ne joue pas, il arrive d'ailleurs que les fournisseurs n'établissent aucun devis digne de ce nom) ; l'Instruction générale sur les marchés de la Marine (art. 111) prescrit au service chargé de la préparation du marché d'établir également un devis, comme s'il avait à répondre lui-même à une demande de prix, en se basant sur la documentation qu'il peut posséder à ce sujet et au besoin avec le concours de tout autre service compétent en la matière. La discussion prolongée pendant quatre années au sujet de l'application pratique des clauses vagues constituera, en particulier, un élément précieux. L'Instruction prévoit que la comparaison des pourcentages indiqués par les divers fournisseurs constituera aussi un élément intéressant : en réalité, il n'en est rien, les fournisseurs sont réunis en Chambres syndicales et s'entendent pour faire des soumissions presque identiques.

Les coefficients de chaque paramètre matières comprendront habituellement non seulement le paramètre lui-même mais toutes les matières qui sont présumées varier à peu près comme lui ; excep-

tionnellement, chaque coefficient pourra ne se rapporter qu'au paramètre correspondant.

La C.C.M.I., dans son procès-verbal du 8 juin 1926, a étudié en détail les diverses parties dont se compose le pourcentage fixe. Ce sont les suivantes :

1° *Frais généraux fixes*. Nous avons vu quelle était leur composition (chap. III, sect. V). Leur évaluation est variable suivant les fournisseurs : en moyenne, la Commission les évalue à 10 % du prix de la fourniture.

2° *Bénéfice*. Il a toujours été considéré comme strictement forfaitaire tant par la jurisprudence du Conseil d'État (chap. V, sect. II. B, a, 3) que par les diverses administrations (C.M. de 1907, C.M. du 17.1.19, C.M. du 23 août 1926, circ. du min. des Travaux publics parue au *Journal Officiel* du 17.1.20, etc.).

La Marine l'a invariablement fixé à 10 % du prix total.

3° *Frais de passation du marché* (timbre, enregistrement, impression, caisse nationale de prévoyance des marins français). Leur importance est variable suivant les marchés ; la Marine l'évalue à un maximum de 5 % ; remarquons d'ailleurs que seuls les frais de timbre et d'impression sont réellement invariables, l'enregistrement (lorsqu'il est au droit proportionnel) et la retenue pour la Caisse de prévoyance étant finalement perçus sur toutes les sommes payées au titulaire du marché. En réalité donc, les frais fixes de passation sont faibles.

4° *Partie des matières premières existant en stock ou pouvant être commandée dès notification*. A ce point de vue sont favorisés les fournisseurs ayant déjà exécuté des marchés analogues et surtout ceux que l'on peut appeler les fournisseurs permanents (fabricants de canons, gros chantiers de constructions navales, etc.) car leurs études préparatoires sont faites et ils peuvent tout de suite lancer leurs commandes ; sont favorisées également les sociétés les plus importantes qui ont toujours des stocks considérables. Les uns et les autres peuvent ainsi proposer, et proposent en effet souvent, des pourcentages fixes plus importants que les fournisseurs nouveaux qui, eux, se lancent dans l'inconnu ; or les règles adoptées par la Marine conduisent à donner, à égalité de prix, la préférence aux soumissionnaires qui proposent la part révisable la plus faible.

Ces règles, imposées par divers documents officiels, doivent être souples et appliquées avec *beaucoup de largeur d'esprit*, car l'intérêt de l'État, tant au point de vue des prix qu'à celui de la Défense nationale, est de favoriser les nouveaux fournisseurs, pour augmenter la concurrence.

La fixation du pourcentage révisable et sa répartition entre la main-d'œuvre et les matières est d'ailleurs *très variable suivant les marchés* : ainsi une fourniture de charbon ne sera révisable que suivant les matières et un travail de terrassement que suivant les salaires ; entre ces deux extrêmes se rencontreront tous les intermédiaires.

Certains marchés de travaux publics (Travaux maritimes, Voie du P.-L.-M., etc.) précisent qu'une partie de la révision sera laissée à la charge du fournisseur ; avec les clauses automatiques, le même résultat est atteint de façon beaucoup plus simple en diminuant les coefficients correspondants.

De nombreuses et très vives discussions ont eu lieu pour la *détermination du pourcentage fixe* : jusqu'en 1930, la hausse étant continuelle, *les fournisseurs cherchaient toujours à le diminuer et la Marine à l'augmenter*. Ainsi l'Instruction générale indique qu'il ne doit pas normalement descendre au-dessous de 30 % ; la Chambre syndicale, par lettre du 23 juillet 1926, indique aussi ce pourcentage de 30 % comme rationnel ; mais, dans la pratique, les fournisseurs ont généralement réussi à l'abaisser ; une valeur de 20 à 25 % est courante. Naturellement, cette valeur devra être beaucoup plus élevée si la révision ne comporte qu'un paramètre, par exemple le salaire. C'est ainsi que les marchés de l'Artillerie navale prévoient habituellement une partie fixe de 60 % et une partie de 40 % variable d'après les salaires ; dans ce cas, les industriels ont d'ailleurs ajouté que le prix du charbon variant sensiblement comme la main-d'œuvre, ils incorporaient le charbon dans le paramètre salaires (C.C.M.I., 24.11.26).

Remarquons d'ailleurs que, pratiquement, au pourcentage fixe s'ajoute la marge neutralisée : par exemple, si le pourcentage fixe est de 25 % et la marge neutralisée de 5 %, en réalité la partie invariable du prix se monte à $25 + (0,05 \times 75) = 28,75$ %.

En novembre 1926, le Service technique des Constructions na-

vales estimait que les hauts pourcentages de révision proposés par les fournisseurs pouvaient être acceptés si l'on escomptait que le franc continuerait à monter : cependant, « il ne se dissimulait pas qu'une telle formule pouvait inciter des fournisseurs à pousser à la baisse du franc et par suite à marcher contre la politique du Gouvernement ». Ces considérations nous font entrevoir, sans qu'il paraisse utile d'insister, en quoi les clauses de révision sont susceptibles d'avoir quelques répercussions sur la politique financière générale d'un pays...

En règle générale, dans la période de hausse, les matières variaient beaucoup plus vite que les salaires : les fournisseurs ont donc cherché à augmenter le pourcentage variant comme les matières au détriment du pourcentage variant comme les salaires ; la Marine a donné à ses services des instructions en sens inverse.

La détermination des pourcentages donne d'ailleurs habituellement lieu à des discussions entre les parties, chacune d'elles cherchant à prévoir le signe des variations futures et à modifier les clauses en un sens qu'elle estime devoir lui être favorable ; mais le temps doit peu à peu atténuer ces divergences. Par exemple, si une des parties a été favorisée pendant la hausse et qu'elle ait pu résister aux protestations de l'autre partie, elle est à son tour lésée depuis qu'il y a baisse et conduite à demander ce qu'elle refusait auparavant ; ainsi, de proche en proche, par approximations successives, les formules ne cesseront de se rapprocher de la réalité.

Le temps travaille automatiquement à les perfectionner.

Mais l'État doit freiner les trop astucieuses manœuvres des fournisseurs : il est anormal de voir, comme cela s'est produit, le pourcentage fixe dans les marchés de bateaux passer de 20 % pendant la période de hausse à 40 % pendant la période de baisse ; le pourcentage réel reste invariable quand les prix changent ; si le fournisseur s'est trompé à son avantage pendant la hausse, il a encaissé des majorations abusives ; l'État, lésé, devrait exiger que les mêmes pourcentages subsistent pendant une période égale de baisse afin de rétablir l'équilibre ; ensuite, on pourrait changer les pourcentages sur la demande de l'industriel et l'on aurait toute chance d'arriver vite à la valeur exacte.

Mais si l'État admet très peu de temps après qu'il est demandé le doublement d'un pourcentage en vigueur depuis plusieurs années,

il est certain de perdre dans l'ensemble des sommes considérables.

Les différences très importantes que l'on peut constater sur les pourcentages dans les marchés de la Marine, suivant que ceux-ci sont passés en période de hausse ou en période de baisse, sont un gros argument en faveur des détracteurs des clauses ; mais ces différences sont en grande partie évitables si l'État s'y oppose avec une énergie suffisante.

SECTION VI

Le paramètre « salaires »

Le paramètre le plus souvent employé est le salaire horaire. C'est, nous l'avons vu (ch. III, sect. IV, le premier facteur dont les variations brusques et importantes nécessiterent l'introduction d'une clause de principe : élément primordial du prix de revient, ce devait aussi être la *base essentielle des clauses automatiques*.

Le salaire de base n'est jamais celui qui est touché dans un mois, dans une quinzaine ou dans une semaine, car on introduirait ainsi des causes d'incertitude, et par suite de discussions, suivant le nombre variable de jours ouvrables dans la période considérée ; c'est soit le salaire horaire proprement dit soit le salaire pour une journée de huit heures de travail.

Mais ce salaire peut être celui qui sera réellement payé par l'industriel ou un salaire local, régional ou national indiqué par un organisme ou une publication quelconque ; d'où deux grandes catégories entre lesquelles nous répartirons les clauses automatiques de révision en fonction de la main-d'œuvre, suivant qu'elles font intervenir le salaire réel ou un salaire forfaitaire ; naturellement, l'un ou l'autre doit être défini par le marché sans ambiguïté, puisque nous supposons la clause automatique.

A. — LES CLAUSES BASÉES SUR LE SALAIRE RÉELLEMENT PAYÉ

Certaines d'entre elles ne prescrivent une révision qu'après approbation du nouveau bordereau de salaires par l'Administration ; c'est le cas des Ponts et Chaussées (circulaire du 15 janv. 1920), du

Service de l'habillement au ministère de la Guerre (art. 39 *bis* inséré dans tous les marchés depuis 1920) et des marchés de travaux de construction militaire (art. 41 des Conditions générales du 15 oct. 1921). De telles clauses ne sont pas réellement automatiques : elles précisent bien dans tous les détails comment doit se calculer la révision lorsqu'il y en a une, mais elles font dépendre celle-ci du bon plaisir de l'Administration : elles s'apparentent ainsi aux décrets Millerand qu'elles citent même parfois explicitement ; nous avons dit en quoi ces décrets de 1899 différaient profondément des clauses de révision proprement dites.

Les clauses rigoureusement automatiques basées sur le salaire réel ont été adoptées par la Marine, les Travaux publics, la Ville de Paris, la Marine marchande, la Guerre, et, plus récemment, la Commission des frontières.

En particulier, la façon pour ainsi dire insensible et continue dont la Marine militaire est passée des clauses de principe aux clauses automatiques devait naturellement l'amener à prendre pour base le salaire réellement payé par le fournisseur.

Les anciens barèmes officiels de salaires institués pendant la guerre avaient disparu : d'ailleurs ils n'indiquaient que des minima. L'objectif à atteindre était bien d'éviter toute spéculation et de calculer aussi automatiquement que possible les variations à appliquer au prix de la fourniture pour compenser les variations du prix de revient ; mais, d'autre part, *la Marine restait imbue du principe en vigueur jusqu'en 1926 : le fournisseur ne peut être indemnisé que des dépenses supplémentaires réellement subies par lui ;* donc seuls les salaires réellement payés peuvent servir de base. De son côté, la Chambre syndicale affirma, par lettre du 29 septembre 1925 : « Le seul paramètre qui puisse être retenu pour qualifier les variations de la main-d'œuvre est le salaire effectif moyen des établissements ; tout autre... ne peut rendre compte que d'une manière très imparfaite des variations réelles de la main-d'œuvre et conduirait à des résultats inexacts tantôt en faveur de la Marine tantôt en faveur du constructeur ».

Nous allons successivement examiner ce que doit comprendre le salaire de base pour un ouvrier déterminé, pour un atelier, pour une fourniture ; nous en déduirons les avantages et les inconvénients des clauses basées sur les salaires réels.

a) *La définition du salaire de base ; les primes et bonis*

La question des éléments exacts à introduire dans le salaire de base s'est déjà posée quand nous avons étudié les clauses de principe.

Le salaire de base comprend généralement le salaire d'affûtage proprement dit et les indemnités diverses ayant un caractère local ou régional (vie chère, charges de famille, primes de naissance et d'accouchement) ; il ne comprend ni les indemnités de déplacement ni les indemnités pour travaux ou heures supplémentaires ni les indemnités pour travail de nuit. Une seule question est discutée : le salaire de base comprend-il les primes à la production et les bonis pour travail aux pièces, que nous désignerons sous l'appellation abrégée de primes et bonis ?

1. *Recherche d'une formule différenciant du salaire d'affûtage les primes et bonis.* — Le premier marché à clauses automatiques (marché Whitehead du 4 nov. 1925) n'était pas précis à ce sujet : il faisait intervenir le « salaire moyen général résultant des tarifs des usines » ; aussi, sur demande de la Marine, la Société Whitehead précisa-t-elle, par lettre 870 du 5 novembre 1925, qu'elle ne comprenait pas les primes et bonis dans cette définition.

Pendant les pourparlers relatifs à la rédaction de la clause automatique type, la Chambre syndicale proposa (lettre du 29.9.25) de comprendre dans le salaire de base tout ce que touchait réellement l'ouvrier ; le Contrôle administratif s'y opposa une fois de plus parce que, *selon lui, les primes et bonis, loin d'être une charge pour le fournisseur, diminuent au contraire son prix de revient* ; il ajoutait (Dir. du Contrôle, 14.10.25) qu'il dépendait de la volonté du fournisseur seul d'augmenter les primes et bonis ; il pourrait ainsi augmenter à son gré le prix à payer par la Marine, ce qui était inadmissible.

Pour répondre à cette dernière objection, la Chambre syndicale proposa, le 10 décembre 1925, une nouvelle clause de rédaction fort compliquée (plus de 5 pages dactylographiées concernant les seuls salaires) ; elle ne renonçait nullement à faire intervenir le salaire total, mais le divisait en deux parties, l'une s comprenant le sa-

laire d'affûtage et les diverses indemnités, l'autre p comprenant les primes et bonis ; les nombres mensuels correspondant à s et p étaient les mêmes, de sorte que la révision correspondait au salaire total $S = s + p$; mais la clause nouvelle introduisait en outre,

dans chaque atelier, le rapport $k = \frac{P}{s + p}$ des primes et bonis au

salaire total. Tant que la valeur moyenne de k pendant le délai contractuel serait comprise entre $1,3 k_0$ et $0,7 k_0$, la formule jouerait à plein ; mais, si k était supérieur à $1,3 k_0$, la plus-value sur primes serait réduite d'une fraction de sa valeur égale à $\frac{1}{2} (k - 1,3 k_0)$;

de la sorte, si les primes et bonis subissaient une augmentation relative très forte par rapport au salaire total, la Marine ne paierait plus qu'une partie de cette augmentation, ce qui empêcherait le fournisseur d'exagérer celle-ci outre mesure ; inversement, si le rapport k était inférieur à $0,7 k_0$, la moins-value sur primes serait réduite d'une fraction de sa valeur égale à $\frac{1}{2} (0,7 k_0 - k)$; ainsi

le fournisseur serait garanti contre le risque d'une baisse relative très forte des primes et bonis ; mais, dans ce dernier cas, les salaires et indemnités diverses augmenteraient au moins autant que les primes et bonis diminueraient (en 1925-1926, seule une hausse du salaire total pouvait être envisagée), de sorte que la plus-value sur le premier terme des formules compenserait et peut-être dépasserait la moins-value sur le deuxième terme ; le fournisseur ne perdrait rien à la baisse relative des primes et bonis ; alors pourquoi l'en dédommager ? Parce que la baisse des primes et bonis correspond à une diminution de rendement, et par suite à une augmentation du prix de revient ; en somme, les fournisseurs demandaient que la Marine les garantisse contre l'augmentation possible de leur prix de revient par diminution du rendement de leur personnel !

Nous rencontrons ici un *danger très net des clauses de révision* ; leur but est de faire participer l'État aux variations générales des salaires et des prix, les fournisseurs ont tendance à les étendre pour que l'État participe aux aléas de la fabrication ; *elles constituent une assurance contre les risques de hausse, les fournisseurs voudraient en faire une assurance tous risques*. En d'autres termes, ils

voudraient transformer des marchés forfaitaires en marchés en régie, de façon à avoir un bénéfice assuré, quels que soient les mécomptes de la fabrication. Mais c'est précisément la raison pour laquelle l'État refuse les marchés en régie et tient aux marchés forfaitaires, qui lui imposent une dépense fixe et le laissent indifférent aux aléas de la fabrication.

Cette objection capitale ne semble pas avoir été soulevée vis-à-vis de la Chambre syndicale ; la Marine, qui avait demandé l'établissement d'une ristourne à son profit en cas de hausse exagérée de k , ne protesta pas contre la prétention de la Chambre syndicale d'établir, par compensation, une ristourne au profit des fournisseurs en cas de baisse exagérée de k ; et pourtant il n'y avait entre les deux cas aucune symétrie, malgré les apparences contraires.

La C.C.M.I. ne fit pas d'objection contre le principe des ristournes ; elle se borna, sur les observations du Contrôle administratif, à discuter les limites à partir desquelles ces ristournes joueraient ; elle les trouvait beaucoup trop écartées, de sorte que la correction n'interviendrait qu'après une hausse considérable des primes et bonis. Ainsi, en admettant pour k_0 la valeur 30 % indiquée par certains fournisseurs, si les salaires ne variaient pas, les primes pourraient augmenter de 50 % sans que la correction intervienne ; si la hausse des salaires atteignait 34 %, celle des primes pourrait monter à 100 % sans correction aucune. Le fournisseur pourrait donc augmenter les primes et bonis dans une très large mesure sans supporter la moindre correction. D'autre part, dans les cas exceptionnels où elle jouait, la correction était trop faible : par exemple, si k dépasse la valeur limite $1,3 k_0$ de 10 %, la correction n'atteint que 1,5 % de la plus-value.

Le directeur central des Constructions navales approuva ces objections, qu'il transmit au ministre par rapport du 3 février 1926 relatif à plusieurs marchés en discussion (sous-marins *Pascal*, *Henri-Poincaré*, *Pasteur*, *Poncelet*, appareils évaporatoires du croiseur *Suffren*) ; il proposait donc de faire jouer la correction de $1,1 k_0$ à $0,9 k_0$ (et non de $1,3 k_0$ à $0,7 k_0$) et d'en doubler l'importance en supprimant le coefficient $1/2$.

Mais ces modifications qui diminuaient, sans les supprimer, les inconvénients des corrections quand k était trop fort, les augmentaient encore quand k était trop faible.

2. *Adoption du salaire d'affûtage.* - La recherche d'une formule convenable s'avérait très difficile ; le calcul et la distribution des primes sont trop variables non seulement d'une usine à l'autre, mais, à l'intérieur d'une même usine, d'un atelier à l'autre, pour qu'il soit possible de les suivre de près ; leurs variations sont insaisissables par des formules rigides. Le fournisseur lui-même établit ses prévisions de prix en tablant sur une valeur moyenne du coefficient k ; il ne peut tenir compte par avance des variations de ce coefficient, qui rentrent dans les aléas normaux du marché. La Marine ne peut faire plus que le fournisseur en prévoyant d'avance les répercussions qu'entraînerait une variation de k .

D'autre part, l'application d'un calcul de révision spécial pour les primes et bonis peut aboutir, avec des données initiales qui ne sont pas les mêmes pour tous les fournisseurs, à des majorations très inégales, suffisantes pour renverser les différences des prix des soumissions ; la comparaison des prix offerts par les divers soumissionnaires devient ainsi impossible.

Très vite, la Direction centrale des Constructions navales changea donc d'avis ; après avoir proposé, dans ses rapports du 3 février 1926, une formule de correction beaucoup plus étroite, elle s'aperçut que la question était mal engagée et par rapport 23 bis C.N.3 du 11 février 1926, relatif au torpilleur *Bordelais*, elle proposa le rejet de la formule de correction : « La variation des primes et bonis par rapport aux salaires, disait-elle, ne dépend en fait que des modalités de paiement du personnel ouvrier adoptées par les divers constructeurs et des méthodes qu'ils appliquent pour la conduite des travaux. Ils ont pu en prévoir et en évaluer les effets en établissant leurs soumissions et les comprendre dans leurs prix forfaitaires. La Marine est donc fondée à considérer que ces primes et bonis ne sauraient être distingués dans l'ensemble des dépenses de main-d'œuvre et à refuser d'en faire l'objet d'une révision spéciale. D'autre part cette révision pourrait intervenir aux termes de la clause proposée, même en l'absence de toute variation des salaires proprement dits, résultat anormal tout au moins en apparence. Enfin il convient d'insister sur les difficultés matérielles de constatations et vérifications qui résultent d'une telle clause ». D'accord avec le Contrôle (note du 2 fév. 1926), le directeur central

des Constructions navales proposait donc qu'une clause analogue à celle du marché Whitehead soit appliquée non seulement au *Bordelais* mais aux cinq marchés transmis le 3 février. M. Leygues, ministre de la Marine, approuva ces propositions le 24 février 1925.

Remarquons qu'ainsi la Marine ne refuse nullement de tenir compte des primes et bonis dans la révision ; il appartient au fournisseur de calculer le coefficient révisable d'après les salaires en tenant compte non seulement du salaire proprement dit mais des primes et bonis ; la révision s'applique donc bien au salaire total ; mais elle est basée sur ce salaire diminué des primes et bonis ; autrement dit, *la Marine fait bien intervenir les primes et bonis dans la somme sujette à révision, mais elle suppose qu'ils varient proportionnellement au salaire proprement dit* ; elle s'appuie pour ce faire sur cette affirmation que les primes et bonis dépendent du seul gré du fournisseur alors que le salaire proprement dit résulte de circonstances générales ; nous verrons ultérieurement ce qu'il faut en penser.

L'exposé précédent nous a montré une lacune à éviter dans l'application des clauses de révision : il ne faut pas chercher à serrer la réalité de trop près, sous peine d'aboutir à des complications inextricables ; il faut se résigner à une part importante de forfait.

Donc, comme suite à la décision du 24 février 1925, tous les marchés à clauses de révision signés entre 1926 et 1930 basèrent la révision sur le salaire d'affûtage et les indemnités diverses, à l'exclusion des primes et bonis.

Il semblait ainsi que l'on se fût mis à l'abri de toute difficulté et de toute contestation ultérieure ; mais il n'est guère possible de tout prévoir ; on croit toujours avoir rédigé des clauses indiscutables et l'application révèle des lacunes ou des imperfections, auxquelles seule l'expérience permettra de remédier.

Les modalités adoptées supposaient, en somme, que les primes et bonis variaient proportionnellement au salaire proprement dit ; or c'est là seulement une constatation moyenne ; tant que la réalité ne s'en écarte pas trop, tout va bien ; mais, avec les différences importantes, surgissent les difficultés.

Les premières se produisirent dans les divers chantiers de Nantes, Saint-Nazaire et Bordeaux où les bonis sont calculés par rap-

port au seul salaire d'affûtage ; or, en 1927, la stabilisation du franc ayant entraîné celle de la vie chère, les ouvriers réclamèrent la consolidation des indemnités de cherté de vie par incorporation dans le salaire d'affûtage ; mais, pour ne pas entraîner ainsi une très importante augmentation de salaire qui n'était pas réclamée par leur personnel, les chantiers furent conduits à n'incorporer dans le salaire d'affûtage qu'une fraction de l'indemnité supprimée, le complément du salaire total étant réalisé par le boni sur cette fraction incorporée. Or il est clair qu'une telle opération devait entraîner, par application de la formule alors en vigueur pour les révisions de prix, une moins-value alors que les charges du fournisseur n'avaient pas varié ou même avaient augmenté.

Par exemple, une convention collective conclue en 1928 entre les chantiers de la région de Saint-Nazaire et leur personnel diminuait l'indemnité de vie chère de 0 fr. 50 et augmentait le salaire horaire de 0 fr. 40 ; le coefficient d'activité moyen (rapport du boni au salaire d'affûtage) n'ayant aucune raison de changer après l'application de la convention se maintenait aux environs de 30 % ; les bonis augmentaient donc de $0,4 \times 0,3 = 0 \text{ fr. } 12$. Au total, les sommes horaires touchées par l'ouvrier augmentaient donc de

$$- 0,50 + 0,40 + 0,12 = 0 \text{ fr. } 02$$

alors que l'application de la clause de révision entraînait une moins-value correspondant à une diminution de $0,50 - 0,40 = 0 \text{ fr. } 10$ du salaire horaire. Le total des salaires payés par les chantiers ayant augmenté, il en résultait une minoration sur le prix de la fourniture : *la clause de révision jouait à l'envers.*

Pour empêcher à l'avenir des conséquences aussi paradoxales, les chantiers réclamèrent et obtinrent l'insertion dans les nouveaux marchés d'une clause prévoyant que *les formules de correction seraient révisées « dans le cas où il serait apporté au régime actuel des indemnités de vie chère des modifications »* ayant pour conséquence une variation corrélative des tarifs d'affûtage ». Cette clause, introduite pour la première fois dans le marché du croiseur-école (7.9.28), fut régulièrement insérée après cette date dans tous les nouveaux marchés ; elle a l'inconvénient de prévoir le principe d'une révision des formules, sans en fixer les modalités.

Les incorporations d'indemnité de vie chère au salaire ayant

continué, les chantiers invoquèrent la clause ci-dessus et proposèrent de l'appliquer en ajoutant au salaire de base défini par les marchés le supplément de boni résultant des nouvelles conventions collectives. La question, étudiée par la C.C.M.I. (P.V. du 11.12.29) et la Direction centrale des Constructions navales (rapport 66 C.N.3 du 24.3.20), fut réglée par D.M. 138 C.N.3 du 1^{er} mai 1930, signée du sous-secrétaire d'État. Le principe de la plus-value demandée par les fournisseurs était admis mais sa valeur devait être réduite ; « les suppléments à ajouter aux salaires intervenant dans les formules de révision de principe, précisait la D.M., doivent en effet être limités aux seules majorations de boni correspondant à la partie de l'augmentation de salaire d'affûtage compensant strictement (avec la majoration de boni correspondante) la diminution de l'indemnité de vie chère ; l'excédent de l'augmentation de salaire réellement accordée doit être considérée comme une augmentation effective de salaire et l'augmentation correspondante du boni n'a pas à être supportée par la Marine ». La D.M. 163 C.N.3 du 26 mai 1930 précisa que les indications précédentes devaient être interprétées de la façon suivante : le supplément de salaire à accorder est égal à $\frac{p \ v}{1 + p}$ au lieu de $p \ s$ demandé, p étant le taux du boni, v la diminution de l'indemnité de vie chère et s l'augmentation du salaire d'affûtage. Ainsi, dans l'exemple cité ci-dessus, les premières clauses conduisaient à une diminution horaire de 0 fr. 10, les chantiers concluaient à une augmentation horaire de 0 fr. 02 ; la Marine accordait une augmentation de 0 fr. 0154, laissant à la charge du fournisseur 0 fr. 005 seulement. La mesure adoptée paraît équitable et, au fond, assez large.

La question, ainsi réglée pour les marchés postérieurs à celui du croiseur-école, subsistait pour les marchés antérieurs : là, en droit, les fournisseurs ne pouvaient rien demander ; le texte du marché était formel ; mais la Marine ne réclame habituellement pas le *summum jus* ; l'équité empêchait de faire jouer à l'envers les clauses de révision ; d'ailleurs, quand la Marine leur faisait observer qu'ils auraient pu adopter une répartition des avantages accordés à leurs ouvriers plus conforme à leurs propres intérêts, les fournisseurs répondaient que l'État leur avait donné l'exemple

en supprimant les indemnités de vie chère accordées à ses fonctionnaires et les remplaçant par d'importantes augmentations de traitement ; enfin, une attitude intransigeante de la part de la Marine aurait conduit les fournisseurs à passer avec leurs ouvriers de nouvelles conventions collectives augmentant les salaires d'affûtage au détriment des bonis ; les ouvriers, qui préfèrent le gain sûr au gain aléatoire et sont souvent hostiles au travail aux pièces, n'auraient pas manqué d'accepter cette combinaison ; la Marine aurait eu ainsi à payer des indemnités d'autant plus importantes que les fournisseurs auraient pu exagérer l'augmentation apparente du salaire et réclamer à leur tour l'exécution stricte du contrat ; ainsi l'intransigeance de la Marine se serait retournée contre elle.

La D.M. 138 C.N.3 du 1^{er} mai 1930 décida donc que, pour les marchés antérieurs à celui du croiseur-école, le fournisseur recevrait une fraction du supplément réduit accordé dans le cas des marchés postérieurs ; la fraction offerte par la Marine le 7 août 1930 fut 1/2.

La non-inclusion des primes et bonis dans le salaire, que nous venons de voir jouer en faveur de l'Etat, se retournait parfois contre lui.

Par exemple, les usines du Creusot accordèrent à leur personnel en octobre 1928 une augmentation générale des salaires assez importante, mais telle que le pourcentage d'accroissement des salaires dits nominaux, visés par les formules, était très supérieur au pourcentage d'accroissement des salaires globaux ; l'application des clauses de révision conduisait donc à une plus-value très supérieure à celle qui avait été réellement supportée par le fournisseur. Aussi la Marine demanda-t-elle à celui-ci de faire connaître « ce qu'il proposait pour éviter à l'État le paiement du surcroît de plus-values qui résulterait de dispositions d'ordre intérieur aux ateliers ». Par lettre du 6 décembre 1928, les Établissements Schneider rappelèrent que « le choix des salaires nominaux, comme base de référence, leur avait été imposé par la Marine » et qu'ils ne voyaient pas « qu'il y ait lieu d'apporter une modification aux termes parfaitement précis et longuement discutés des marchés en cours ». Les pourparlers engagés n'aboutirent pas ; les fournisseurs firent remarquer qu'à d'autres époques dans leurs usines du Creusot et à la

même époque dans leurs chantiers de Chalon, le rapport des primes au salaire ayant augmenté, un phénomène inverse s'était produit ; ils avaient été lésés mais avaient dû s'incliner devant les clauses formelles du marché. A son tour, la Marine dut s'incliner devant les mêmes clauses.

Mais, lorsqu'une compensation entre périodes, ateliers ou marchés différents ne se produisait pas, l'application stricte conduisait à des résultats par trop choquants ; par exemple, une usine de la région parisienne, sous-traitante de la Société des torpilles de Saint-Tropez, avait augmenté brusquement, en février 1929, son salaire horaire de 3 fr. 703 à 5 fr. 012, tout en diminuant les temps alloués pour chaque travail suivant la formule Rowan, de sorte que le salaire total n'était que faiblement augmenté ; l'application stricte du marché conduisait ainsi à une plus-value supérieure à 1.200.000 francs qui ne correspondait à aucune surchargé réelle ; le fournisseur admit que les salaires de base soient réduits dans le rapport $\frac{3,703}{5,012} = 0,739$, inverse de l'augmentation brusque du salaire d'affûtage.

Enfin, la comptabilité de certains fournisseurs ne permettait pas de dégager les variations du salaire moyen tel qu'il est défini au contrat, mais seulement celles du salaire total ; on dut convenir que le salaire de base serait le salaire total réduit dans un rapport fixe forfaitaire.

En résumé, *l'exclusion des primes et bonis du salaire de base conduisait à des discussions nombreuses et à des litiges fréquents* ; des compromis devaient être recherchés, des solutions forfaitaires s'imposaient, il fallait signer des actes additionnels ; les avantages recherchés par l'emploi de clauses automatiques n'étaient plus obtenus.

3. *Adoption du salaire global.* — En présence de toutes ces difficultés, la Marine se résigna en mai 1930 à adopter comme paramètre le salaire global, ce qu'elle avait toujours refusé jusque-là. Mais, pour donner une satisfaction apparente aux protestations que le Contrôle administratif avait toujours formulées contre cette mesure, il fut décidé que la formule ne ferait état que des $3/4$ des variations du salaire total, le coefficient $3/4$ correspondant sen-

siblement à la moyenne des rapports, pratiquement constatés, entre le salaire nominal et le salaire total. La C.C.M.I. faisait remarquer qu'elle maintenait ainsi le principe, admis en 1926 à la demande du Contrôle, de ne faire porter les variations que sur le salaire nominal, le seul dont la hausse soit sans répercussion sur l'accélération du travail et l'amélioration de son rendement, facteurs dont bénéficie uniquement le fournisseur ; le $1/4$ restant à la charge du fournisseur formerait frein pour lui en l'incitant à ne céder aux requêtes de son personnel que dans les limites strictement indispensables. Il y a là une confusion entre le salaire de base et le coefficient révisable suivant les salaires : le salaire de base était le salaire nominal, il sera dorénavant le salaire total ; l'un restant proportionnel à l'autre, la formule, qui ne fait intervenir que des rapports de salaires, n'est nullement changée, comme d'ailleurs la Commission le fit remarquer dans sa séance du 1^{er} octobre 1930 ; le coefficient $3/4$, se trouvant au numérateur et au dénominateur, disparaît et la formule restante tient compte des variations du salaire total.

Si l'on avait réellement voulu laisser $1/4$ de la variation de salaire à la charge du fournisseur, c'est sur le coefficient révisable, et non sur le salaire de base, qu'il aurait fallu agir ; or ce coefficient révisable a toujours été établi, de 1926 à 1929, en y comprenant le salaire total ; il aurait donc fallu le réduire d'un quart sur les marchés passés à partir de 1930 ; si on ne touchait pas au coefficient, aucune partie de la variation ne restait à la charge du fournisseur et le frein prévu n'existait pas. La prétendue restriction apportée à l'emploi du salaire global n'était donc qu'une apparence destinée à sauver la face ; le Contrôle administratif en fit la remarque à la séance du 11 décembre 1929 et insista sur l'importance primordiale que présente la détermination des coefficients.

Quoi qu'il en soit, tous les marchés révisables passés par la Marine depuis mai 1930 adoptent comme paramètre le salaire global, y compris les primes et bonis.

Et, comme des litiges continuaient à se produire pour les anciens marchés (à Saint-Nazaire, par exemple, où le boni de 20 % garanti pour tout travail normal était brusquement incorporé au taux d'affûtage), le ministre prescrivit d'engager des pourparlers avec les fournisseurs, afin que des actes additionnels étendissent à ces

marchés les prescriptions nouvelles (D.M. 2245 C.N.5 du 16.3.32)

Parmi les rares administrations qui se basent sur le salaire réel, la Marine marchande y comprend les primes et bonis, mais « le constructeur s'engage à ne pas augmenter pendant la construction les coefficients de majoration actuellement appliqués dans l'établissement des fiches de travail par son bureau des temps, à moins d'un accord collectif applicable aux autres chantiers de Saint-Nazaire et de la région augmentant ces coefficients »; le port de Saint-Nazaire (construction de la grande forme-écluse destinée au transatlantique *Normandie*) comprend dans le salaire la « prime minimum horaire obligatoire, fixée à 25 % de la taxe horaire d'affûtage », mais exclut la véritable prime, qui est variable ; il exclut aussi les allocations familiales dont, au contraire, la Ville de Paris tient compte ; enfin la Commission des frontières exclut les primes et bonis.

Remarquons en terminant que si, de toutes façons, les primes et bonis entraînent pour l'État des risques évidents, il en est de même pour le fournisseur : celui-ci, en établissant son devis, est bien obligé de tabler sur un certain pourcentage des primes et bonis par rapport au salaire nominal ; toute variation de ce pourcentage modifie son prix de revient et par suite son bénéfice ; il y a cependant un risque que l'État est seul à supporter, c'est celui d'une modification du pourcentage par le fait du cocontractant.

Nous nous excusons d'avoir traité bien longuement cette question des primes et bonis, mais elle nous a paru caractéristique des difficultés considérables auxquelles peuvent conduire les clauses les mieux étudiées et des répercussions insoupçonnées qu'elles peuvent entraîner. *Les clauses de révision sont toujours des armes délicates, elles ne doivent être maniées qu'avec la plus grande prudence.*

b) La définition du salaire moyen d'un atelier

Le salaire d'un ouvrier étant défini, il faut préciser quels sont les ouvriers dont le salaire servira à la détermination du salaire moyen.

Tout d'abord, il est impossible de ne tenir compte que des salaires

des ouvriers travaillant à l'exécution de la fourniture en cause, sous peine de compliquer exagérément la détermination du salaire moyen ; il faut donc introduire une part assez large de forfait.

Certains marchés précisent toutes les spécialités qui doivent intervenir. D'autres, comme ceux de la Guerre ou de la Commission des frontières, se contentent d'en citer trois ou quatre, avec le poids correspondant à chacune d'elles. Mais la Marine militaire et la Marine marchande ont encore simplifié en considérant le salaire moyen de tous les ouvriers, sans tenir aucun compte des spécialités ; les salaires des diverses catégories d'ouvriers varient de façon à peu près proportionnelle ; alors pourquoi s'embarrasser de détails inutiles ? Évidemment, dans les périodes de forte hausse du coût de la vie, la considération du salaire vital est prépondérante et les salaires des manœuvres subissent ainsi une plus forte augmentation relative ; puis la difficulté de trouver des spécialistes rétablit peu à peu les avantages concédés aux ouvriers qualifiés ; de nombreuses causes, générales ou locales, interviennent ainsi pour créer des irrégularités. Mais, nous ne saurions trop le répéter, *les formules de révision ne peuvent avoir la prétention de suivre exactement la réalité*, sous peine de sombrer dans des complications inextricables, comme ce fut le cas pour les clauses de principe. L'adoption du salaire moyen d'un atelier avantagera légèrement tantôt l'État tantôt le fournisseur ; dans l'ensemble, il y aura compensation.

Jusqu'en 1930, le salaire moyen défini par la Marine était basé sur tout le personnel ouvrier de l'atelier, apprentis compris. En cours d'exécution de plusieurs marchés, un chantier supprima une année d'apprentissage, ce qui releva automatiquement le salaire moyen entrant dans les formules de révision ; ainsi le fournisseur diminuait une de ses charges et il en résultait, par application stricte des formules, une indemnité due par l'État ; ce résultat était d'autant plus inadmissible que l'État ne cesse d'encourager l'enseignement technique et l'éducation des apprentis ; le Ministre prescrivit donc (D.M. 138 C.N.3 du 1.5.30) que désormais le salaire moyen serait calculé en faisant abstraction des apprentis ; il en est de même pour l'Air et certains marchés de la Marine marchande. Au contraire, d'autres marchés de la Marine marchande et les marchés du Gaz de Paris font intervenir le salaire des apprentis.

La fixation précise des spécialités n'est recommandable que si elles sont réparties très différemment pour l'exécution de la fourniture et dans l'ensemble de l'atelier ; mais le cas est plutôt exceptionnel.

c) *La définition du salaire moyen d'une fourniture*

Ici encore, il s'agit d'une question d'espèce.

Parfois, le marché indique dans quelle proportion devront intervenir les salaires moyens des principaux ateliers ; c'est le cas, par exemple, d'un marché de navire pour lequel la coque, l'appareil moteur et l'appareil évaporatoire sont fabriqués à des endroits différents ; mais, souvent, toute la révision sera basée sur le salaire moyen d'un atelier déterminé ; il peut arriver que, pour la fourniture en cause, l'importance de cet atelier l'emporte nettement sur celle des autres ; mais, même s'il n'en est pas ainsi, la considération d'un seul atelier est parfois préférable pour raison de simplicité ; *la compensation dans le temps et dans l'espace intervient encore pour corriger les inégalités passagères ou locales.*

Le marché doit spécifier si le salaire moyen d'un mois déterminé est le salaire gagné ou le salaire payé pendant ce mois ; la différence entre l'un et l'autre tient à ce qu'en général, les dates de paye ne sont pas le 15 et le dernier jour de chaque mois. Pour la facilité de la vérification, il est préférable de considérer le salaire payé.

Parfois le marché prévoit que les salaires d'un sous-traitant, nommément cité, interviendront dans la détermination du salaire moyen ; quand il n'en est pas ainsi, les sous-commandes ne modifient en rien le calcul du salaire. Par exemple, un marché peut être entièrement rétrocédé à un sous-traitant et cependant c'est le salaire dans les ateliers du fournisseur principal qui interviendra pour la révision ; s'il en était autrement, le fournisseur pourrait augmenter le prix de la fourniture en la sous-commandant à un industriel qui paye de hauts salaires ; d'autre part, la comparaison des salaires aux diverses époques du marché deviendrait impossible ; enfin toutes les questions litigieuses ne peuvent être discutées qu'avec le fournisseur principal seul. Mais alors le salaire utilisé pour la révision peut n'avoir aucun rapport avec le salaire réellement dépensé pour la fourniture ; l'un peut avoir monté quand

l'autre restait stable ; il n'importe : ici plus encore que pour d'autres questions, il est impossible de suivre exactement la réalité. Même à l'époque des clauses de principe, on n'a jamais songé à faire intervenir les salaires chez tous les sous-traitants et l'on a dû baser la révision sur le salaire en vigueur chez le fournisseur principal ou chez un très petit nombre de sous-traitants nommément désignés.

Une fois de plus, un forfait est donc indispensable.

B. — LES CLAUSES BASÉES SUR UN SALAIRE FORFAITAIRE

Les clauses automatiques définissent à priori le montant des heures d'ouvriers nécessaires à l'exécution de la fourniture ; ce montant peut être très différent, dans un sens ou dans l'autre, des heures qui seront réellement dépensées : la révision ne tient aucun compte d'une telle discordance. Mais alors *pourquoi ne pas étendre le forfait à la détermination du salaire de base*, qui varie beaucoup moins que la quantité de main-d'œuvre ? Les aléas de fabrication sont considérables ; ils peuvent, suivant le degré de mise au point, la qualité de l'organisation, l'habileté et le rendement de la main-d'œuvre, conduire à des dépenses très supérieures ou très inférieures à celles qui étaient prévues ; et cependant les dépenses prévues seules serviront de base à la révision, pour les motifs que nous avons exposés. Au contraire, les variations de salaire ont généralement lieu dans le même sens d'un atelier à l'autre ; leurs valeurs absolues sont parfois très différentes, leurs valeurs relatives sont du même ordre de grandeur. Un forfait sur la définition du salaire moyen présente beaucoup moins de risques d'écart avec la réalité qu'un forfait sur le pourcentage révisable d'après le salaire.

1. *Salaire régional et salaire national.* — Si par exemple on admet comme paramètre un salaire régional, ses variations ne concorderont pas exactement avec celles du salaire réellement payé par le fournisseur ; elles pourront être plus accentuées ou plutôt plus amorties, puisqu'elles concernent une moyenne ; mais elles seront toujours de même sens. Des circonstances locales peuvent faire par exemple qu'un fournisseur ne s'adapte pas immédiatement à une hausse générale ; mais, avec un certain décalage, il devra

suivre le mouvement si celui-ci continue ; il n'y a pas d'exemple qu'un industriel baisse ses salaires alors que tous les autres augmentent les leurs. Ici encore, *les différences locales ou temporaires ont lieu tantôt dans un sens tantôt dans l'autre* ; elles modifient la révision tantôt au profit du fournisseur tantôt à son détriment ; elles la modifient d'ailleurs de quantités relativement faibles et, *dans l'ensemble, une compensation se produit* qui rétablit l'équilibre.

Aussi la Marine a-t-elle admis dès 1926 que, pour les fournisseurs de Paris et des environs, le salaire de base serait celui du Groupe des industries métallurgiques et connexes de la région parisienne ; cet organisme dont le siège est à Paris, 106, rue Lauriston, publie régulièrement des tableaux donnant le salaire moyen pour les ouvriers des diverses spécialités ; il s'agit là d'une publication semi-officielle, adoptée comme base de révision par de nombreuses administrations (Air, P.T.T., Chemins de fer de l'Est, du P.-L.-M., etc.).

L'adoption de ce paramètre forfaitaire s'est révélée très avantageuse : alors que de multiples difficultés se produisaient, comme nous l'avons vu, dans la région de Saint-Nazaire pour la détermination du salaire de base, tout se passait dans la région parisienne sans la moindre discussion.

Aussi plusieurs documents émanant des divers services de la Marine manifestent-ils le regret qu'aucune statistique périodique, même officieuse, n'indique les salaires des différentes professions dans les autres régions de la France. Sans doute des commissions mixtes se réunissent-elles dans chaque département, les préfectures font des enquêtes, la Statistique générale de la France publie une documentation très complète sur les salaires dans les différentes régions : mais ces divers renseignements ne sont fournis qu'à des intervalles trop éloignés (un an en général) pour pouvoir être utilisés dans des formules à variations mensuelles.

La Marine n'a donc utilisé des indices officiels ou officieux que lorsqu'ils paraissaient mensuellement (région parisienne, groupement des industriels de la région de Montluçon et Commeny, en 1927 groupement syndical des industries métallurgiques et mécaniques de la région nivernaise, etc.). Dans tous les autres cas, qui sont la grande majorité, elle a continué à baser la révision sur les salaires du fournisseur ; et pourtant, comme nous le verrons plus

loin (sect. VII), elle a suivi pour les matières un principe exactement inverse.

La Société du gaz de Paris a adopté le salaire défini par la série de la Société centrale des architectes.

Les salaires forfaitaires peuvent d'ailleurs être aussi souples que les salaires constatés, en ce qui concerne la détermination du salaire moyen. Le record de la complication à cet égard est détenu par le ministère de l'Air qui fait annexer par avenants aux marchés des tableaux indiquant d'une part le montant de la main-d'œuvre productive, d'autre part le pourcentage correspondant à chacune des principales catégories d'ouvriers (15 à 20 dans la pratique); la nécessité de cet avenant ultérieur nous paraît une modalité à rejeter; c'est une atteinte à l'automatisme des clauses et un sujet de discussions futures : le marché lui-même doit régler toutes les questions, sans rien laisser dans l'ombre. Une des clauses les plus perfectionnées est fournie par la Société du gaz de Paris qui introduit plusieurs spécialités différemment réparties dans le temps; par exemple, pour la construction de bâtiments à l'usine de Clichy, le salaire du terrassier intervient dans les trois premiers mois, celui des cimentiers, maçons et aides du 2^e au 17^e mois, celui des forgerons, ajusteurs et autres ouvriers d'atelier du 3^e au 16^e mois, celui des monteurs, charpentiers en fer et aides de chantier du 9^e au 16^e mois; en outre, chacune de ces spécialités intervient avec un coefficient différent. Les compagnies de chemins de fer adoptent une moyenne dans laquelle chaque spécialité intervient également dans le temps, mais avec un coefficient différent, correspondant à son pourcentage estimé dans le marché en cause. Les P.T.T. adoptent la moyenne de certaines spécialités, sans coefficients. Certaines administrations préfèrent soit le salaire moyen de toutes les spécialités (P.-L.-M. dans certains marchés postérieurs à 1927) soit le salaire d'une spécialité déterminée (Est) ou celui du simple manœuvre (certains marchés de l'Est).

D'autres ministères ou grandes administrations ont été beaucoup plus loin, en prenant comme base pour toute la France le salaire de la région parisienne ou l'indice statistique moyen de la main-d'œuvre publié par la *Revue générale d'électricité*. Tel est le

cas des P.T.T., des Tabacs (marchés de papier à cigarettes), du P.-L.-M. (marchés passés par le service de la voie depuis 1927), du Métropolitain (fourniture d'appareils électriques), de la S.T.C.R.P. etc. ; de même, si les index économiques haute et basse tension établis par le ministre des Travaux publics pour déterminer le prix de vente de l'énergie électrique sont établis par région, la différence entre les diverses régions provient uniquement du prix du charbon, mais l'élément « main-d'œuvre » qu'ils comprennent est le même pour toute la France.

Ce mode de révision, basé sur un indice officiel ou officieux quelconque, nous paraît bien supérieur à la révision d'après les salaires réels.

Le plus faible avantage est la *suppression de toute ingérence dans la comptabilité du fournisseur* : la vérification des salaires par les organismes de contrôle se passe généralement sans difficulté en ce qui concerne les clauses automatiques car elle ne touche pas à la délicate question des frais généraux ; elle est même inutile lorsque les salaires sont définis par une convention collective du travail ; en tous cas, les salaires payés par une entreprise sont connus de tous, les fournisseurs ne font aucune difficulté pour les communiquer parce que leur connaissance, sans celle des frais généraux, ne donnerait à l'État aucun moyen de calculer les prix de revient. Cependant la vérification des feuilles de paye, si simple soit-elle, prend du temps que le Contrôle, souvent surchargé, pourrait consacrer à la surveillance technique des travaux.

Un avantage plus important est, nous l'avons vu, la *suppression de tout litige* par l'établissement d'un automatisme complet.

Mais surtout, la *révision d'après les salaires exacts* présente un inconvénient capital : elle *dépend du fournisseur qui peut ainsi l'augmenter à son gré*. Nous ne voulons pas dire par là qu'il pourrait faire monter ses prix exprès pour que la Marine paie plus cher : la presque unanimité des fournisseurs serait incapable d'intentions aussi noires ; d'ailleurs, ils n'y trouveraient pas d'avantage, car ils feraient ainsi augmenter le prix de revient de toutes leurs autres fournitures, destinées à des clients qui ne pratiquent pas la révision des prix ; enfin, les manœuvres sont difficiles pour les très importants fournisseurs, ayant continuellement des commandes de l'État, car tout salaire mensuel est pour eux à la fois le

salairé initial d'un marché et le salairé de comparaisón d'un autre marché ; toute manœuvré produirait donc sur les divers marchés des effets de sens contraire. Elle peut d'ailleurs être partiellement empêchée par la clause introduite avant 1927 par le Service de la voie du P.-L.-M. : « Si le taux des salaires est supérieur à celui résultant d'accords entre les syndicats patronaux et ouvriers de la région, c'est ce dernier taux qui servirait de base au calcul ; le fournisseur s'interdit toute réclamation à ce sujet ». Mais certains industriels, qui passent une fois par hasard un marché important avec l'État, peuvent accorder une augmentation temporaire des salaires ou en modifier la répartition à un moment particulièrement bien choisi en ce qui les concerne ; les fournisseurs importants eux-mêmes peuvent modifier la date exacte de leurs variations de salaires en tenant compte des époques auxquelles doivent se calculer les salaires initiaux ou de comparaisón de leurs plus importants marchés. Si les travaux qu'ils exécutent pour le compte de l'État ou des administrations admettant la révision représentent une part très importante de leurs commandes (c'est le cas pour les chantiers de constructions navales et pour quelques fabricants de matériel de guerre), ils n'ont plus aucun intérêt à résister aux demandes d'augmentation ou à proposer des diminutions de salairé ; c'est là un avantage au point de vue social mais un inconvénient au point de vue économique : la politique de l'État ne saurait être d'employer l'argent des contribuables à payer les plus hauts prix possibles dans le but humanitaire d'élever au maximum les salaires dans les usines de ses fournisseurs.

La Ville de Paris a essayé d'empêcher une hausse exagérée en révisant seulement « lorsque, d'un commun accord entre les parties, les conditions générales et les nécessités obligent l'entrepreneur à payer un salairé supérieur à telle somme » (entreprise d'entretien des autotombereaux pour l'enlèvement des ordures ménagères) ; mais pareille clause détruit partiellement l'automatisme et risque de faire renaître les discussions soulevées par les clauses vagues.

La clause adoptée pour la construction de la grande forme-écluse destinée au transatlantique *Normandie* et qui base la révision sur le bordereau de salaires adopté par la Commission mixte patronale et ouvrière fonctionnant à Saint-Nazaire, évite la vérification par

l'État des feuilles de paye, mais aggrave l'encouragement pour le fournisseur à ne résister à aucune demande de ses ouvriers.

Sans exagérer outre mesure l'importance pratique des diverses manœuvres que nous venons de signaler, leur existence ou leur simple possibilité nous paraissent suffisantes pour *proscrire nettement la révision d'après les salaires exacts* et pour adopter la révision d'après un indice de salaire régional ou national.

2. *Révision « salaires » basée sur un indice de prix.* — Peut-on aller plus loin encore et envisager que la fraction du prix total variant en fonction des salaires sera corrigée d'après les indices divers (prix de gros, prix de détail, coût de la vie, dépense d'une famille ouvrière de 4 personnes, etc.) publiés par la Statistique générale de la France ?

Il faudrait pour cela que les diverses courbes représentant les variations des paramètres ci-dessus fussent à peu près semblables, sans décalage dans le temps. Or il n'en est rien ; en effet :

1° les mouvements des paramètres sont décalés dans le temps ; les prix de gros varient les premiers, les prix de détail les suivent à un assez long intervalle ; puis viennent le coût de la vie et, plus loin encore, les salaires ouvriers ;

2° l'amplitude des variations est différente : elle est très importante pour les prix de gros ; plus faible pour les prix de détail, plus faible encore pour le coût de la vie, elle est particulièrement atténuée pour les salaires ;

3° certains mouvements existent pour quelques paramètres et n'ont aucune influence sur d'autres ; ainsi une nouvelle législation sur les loyers agit fortement sur le coût de la vie, elle est presque sans influence sur les prix de gros ; les crises de faible amplitude font baisser les prix mais non les salaires ; les légères baisses sur les prix de gros ne se répercutent pas sur les prix de détail.

L'influence combinée de tous ces éléments rend très dissemblables les courbes relatives aux divers paramètres : très fréquemment, les unes montent quand les autres baissent ; les unes ont des pointes accentuées pendant que les autres sont très atténuées, sinon rectilignes ; ces divergences subsistent parfois pendant de longues périodes ; ainsi, pendant les grandes crises de dévalorisation monétaire en Europe centrale, les salaires sont toujours restés très en

retard par rapport aux prix de gros, d'ailleurs eux-mêmes en retard par rapport aux changes ; en France, à partir d'août 1926, les prix de gros ont baissé pendant très longtemps alors que les prix de détail variaient moins et que les salaires augmentaient ; pendant les grandes crises au contraire, les salaires baissent surtout alors que les prix de gros, sinon les prix de détail, recommencent à monter.

Ainsi, *il n'y a aucun synchronisme entre les divers indices* dont nous avons parlé ; mais les divergences décroissent à mesure qu'on va des prix de gros aux salaires en passant par les prix de détail et le coût de la vie. Si donc nous considérons la fraction du prix total qui varie comme les salaires, il est tout à fait impossible de la réviser d'après les prix de gros, il serait peu indiqué d'adopter les prix de détail, mais on pourrait sans grand inconvénient remplacer le paramètre salaires par le paramètre coût de la vie ; cependant, il ne faut pas se dissimuler que, même dans ce cas, le synchronisme des variations n'est qu'approché ; le salaire réel, autrement dit le pouvoir d'achat des salaires, varie (1) ; le remplacement d'un paramètre par l'autre ne rendra donc que les grandes lignes des variations, il n'en reproduira pas les détails ce qui, au fond, importe assez peu.

Les tentatives les plus importantes pour remplacer le salaire par un autre paramètre ont été faites par la Ville de Paris et le Métropolitain ; le cahier des charges de la Ville de Paris pour le « convertissement en revêtement bétonné des chaussées pavées ou en pierres et l'entretien à forfait des chaussées converties du 1^{er} mai 1931 au 31 décembre 1937 » révisé le prix de la main-d'œuvre d'après l'indice des prix de détail publié par la Statistique générale de la France ; il en est de même du marché passé par le Métropolitain le 28 novembre 1928, approuvé le 24 janvier 1929, et relatif au ballastage et à la pose des voies ; c'est là un intéressant essai, susceptible de conduire à une simplification considérable des formules.

On pourrait remédier à plusieurs des inconvénients ci-dessus en introduisant dans les formules des modifications appropriées ; ainsi, le décalage des courbes serait compensé par un décalage

(1) v. Hirsch, *Les récentes échelles mobiles de salaires*, thèse, Paris, 1929 ; — Publications du B.I.T. sur les fluctuations de salaires.

correspondant entre les dates des valeurs de comparaison ; il serait tenu compte des différences d'amplitude en modifiant proportionnellement les coefficients correspondants, etc.

Toutefois, une pareille adaptation est délicate ; il nous semble donc préférable de garder le juste milieu en adoptant un salaire régional ou professionnel, qui réunit, comme paramètre, le minimum d'inconvénients.

3. *Echelle mobile des salaires.* — Si exceptionnellement ce salaire est fixé par convention collective, suivant un système d'échelle mobile, le prendre comme paramètre revient indirectement à adopter le paramètre coût de la vie ; ce cas s'est produit, par exemple, en 1926, pour les marchés passés entre la Marine et des fournisseurs adhérents à la Fédération des industries métallurgiques et connexes de la région marseillaise.

Le fournisseur dont les salaires dépendent d'une échelle mobile a d'ailleurs un intérêt particulier à demander dans ses marchés une clause de révision de prix : car il ne peut, comme les autres industriels, prévoir plusieurs mois d'avance les variations des salaires d'après celles des prix, qui, nous le savons, les précèdent toujours ; pour lui, le décalage habituel est supprimé ; il risque donc plus qu'un autre d'importantes différences entre son devis et son prix de revient réel.

Lorsqu'un patron obtient ainsi des marchés avec clause de révision après avoir lui-même accordé à ses ouvriers l'échelle mobile des salaires, il semble, à première vue, qu'il ait mis son industrie à l'abri des secousses provenant des variations du coût de la vie ; l'ouvrier serait ainsi assuré de conserver son salaire réel et le patron son profit invariable ; en réalité, la situation est toute différente ; l'échelle mobile, appliquée dans les pays de l'Europe centrale au moment de la grande débâcle monétaire de 1922-1924, a été impuissante à arrêter la dépréciation du salaire réel (1) ; quel que soit le système adopté dans la pratique pour l'application de l'échelle mobile, les salaires nominaux des ouvriers polonais et autrichiens n'ont cessé de courir derrière le coût de la vie, sans pouvoir le rattraper ; et, comme la hausse quotidienne du coût de la vie ne

(1) Szturm de Sztrem, *Revue Internationale du Travail*, sept. 1924.

cessait de croître alors que les salaires d'un mois ne sont dépensés que le mois suivant, les salaires réels subissaient une dépréciation ininterrompue.

Ce que les ouvriers perdent ainsi est gagné soit par l'État soit par les patrons, suivant le système adopté (1) ; mais, en tous cas, la stabilité recherchée n'est pas obtenue en ce qui concerne les ouvriers.

Si les patrons pouvaient ainsi, dans certains cas, retirer un avantage de l'application de l'échelle mobile, les clauses de révision entraînaient pour eux des inconvénients analogues à ceux qu'éprouvaient leurs ouvriers ; car, même si nous supposons que l'échelonnement des salaires prévu par les clauses de révision corresponde exactement à la réalité, le patron touchera bien de ses clients la somme qu'il aura versée à ses ouvriers, mais il la touchera avec un certain décalage dans le temps ; entre la dépense qu'il aura effectuée et le remboursement qui lui en sera fait, le coût de la vie aura continué à monter, la valeur réelle de la somme représentant le montant nominal des salaires aura baissé et l'industriel sera en perte ; la combinaison de l'échelle mobile et des marchés à clause de révision aura été incapable de lui assurer la sécurité ; il n'obtiendra celle-ci que s'il se rattrape sur ses prêteurs (banquiers et surtout obligataires) en leur remboursant la même valeur nominale, c'est-à-dire une valeur réelle beaucoup moindre. Son excuse en agissant ainsi sera qu'il n'est pour rien dans la dépréciation monétaire alors que l'État, qui en est responsable et y gagne de divers côtés, sur ses fonctionnaires, sur ses fournisseurs, sur ses rentiers, commet, lui, une véritable escroquerie en faisant baisser sa monnaie.

Ainsi donc *les avantages apparents de la combinaison échelle mobile - clause de révision sont très atténués, sinon supprimés*, dans le cas d'une hausse des prix forte et prolongée, comme il s'en produit quand une monnaie s'abandonne ; or, pratiquement, l'échelle mobile n'existe guère que dans ce cas ; car, en temps normal, le but des ouvriers est d'augmenter leur standard de vie, ils ne veulent donc pas le cristalliser ; et les patrons ne le veulent pas plus, pour ne pas s'interdire une baisse du salaire réel en cas de crise prolongée.

(1) Hirsch, *Echelle mobile des salaires*, p. 108.

4. *Vérification des salaires forfaitaires par les salaires réels.* —

Les salaires basés sur une échelle mobile restent donc exceptionnels et les salaires régionaux ou professionnels, que nous avons estimés les meilleurs paramètres, n'ont généralement aucune liaison directe et automatique avec le coût de la vie.

La Marine, nous le savons, les a exceptionnellement adoptés ; mais, comme elle a toujours gardé une préférence pour la constatation des salaires exacts, elle a cherché à corriger les uns par les autres.

Plusieurs fournisseurs d'obus et de canons avaient demandé de prendre comme salaire de base l'indice salaire publié hebdomadairement par la *Revue générale d'électricité* ; la question fut discutée par la C.C.M.I. dans sa séance du 24 novembre 1926 ; sur la proposition du Contrôle administratif, la Commission consentit à la proposition des fournisseurs « sous réserve que les salaires réels, dans leur ensemble, suivent approximativement les variations de cet index ». Dans le cas où les variations des salaires réels s'écarteraient « notablement » des variations de l'index, les révisions « pourraient » être faites en tenant compte des salaires réels. La Commission croyait ainsi avoir fondu les deux systèmes en réunissant les avantages de chacun d'eux ; en réalité, la clause adoptée, qui fut introduite dans de nombreux marchés, réunissait les inconvénients des deux autres systèmes ; particulièrement imprécise, elle accumulait les probabilités de discussions et de litiges ; l'inspecteur des fabrications d'Artillerie navale demanda à la Commission, par note 707 Art. 4 du 1^{er} février 1927, des directives de principe sur l'interprétation à donner aux termes très vagues que contenait la clause et des directives particulières dans certains cas précis qu'il exposait ; mise au pied du mur, la Commission dut être bien embarrassée ; en tous cas la note ci-dessus ne reçut jamais de réponse ; la clause en question ne fut plus introduite ; les marchés qui la contenaient furent exécutés à une époque où indices et salaires restèrent tous sensiblement constants. La Marine se tira donc sans dommage de la voie dangereuse où elle s'était fourvoyée ; la clause qu'elle avait temporairement adoptée était le type même des clauses imprécises à proscrire formellement.

La correction des indices de salaire par les salaires exacts ne pré-

sente en réalité aucun intérêt, puisque seules des variations relatives minimales et accidentelles, donc sans importance, peuvent séparer les unes et les autres.

Parfois d'ailleurs, la vérification des salaires exacts est impraticable et l'adoption d'un indice est seule possible : tel est le cas lorsque les usines du fournisseur se trouvent dans un pays étranger ; ainsi, dans le marché sur prestations en nature passé le 6 octobre 1928 entre le ministre des Travaux publics et l'*Ingénieurbaugesellschaft* Christiani et Nielsen, pour les travaux de la grande forme-écluse de Saint-Nazaire, destinée à recevoir le transatlantique *Normandie*, une partie du prix est révisable d'après les salaires horaires du serrurier (*schlosser*) au-dessus de 25 ans, dans la région de Mayence, Wiesbaden et environs ; ces salaires sont relevés dans les conventions de tarifs dites *Tarifvertrag für die Metallindustrie der Bezirke Mainz, Wiesbaden und Umgebung*.

5. *Salaires chez l'acheteur.* — Signalons enfin le cas particulier où le salaire forfaitaire adopté est celui de l'acheteur ; il ne peut évidemment être question de faire vérifier par le vendeur le salaire de l'acheteur, ce qui amènerait les mêmes difficultés que la solution inverse et serait moins logique ; ce système n'est possible que si l'acheteur est l'État ou une très grande administration dont les échelles de salaires sont officiellement connues de tous ; ainsi la Compagnie P.-L.-M. a, pour plusieurs de ses marchés, basé la révision sur le traitement de ses propres employés ; de même, on pourrait concevoir que la Marine adopte une révision d'après le salaire qu'elle paie aux ouvriers de ses arsenaux, etc. On évite ainsi toute manœuvre possible de la part de l'acheteur ; et le vendeur ne peut être soupçonné d'aucune manœuvre du même genre, étant donné la procédure réglementaire et officielle qu'il doit employer pour changer la rémunération de son personnel, étant donné les résistances que suscitent toujours les diminutions de salaires, étant donné surtout la faible importance que les marchés du vendeur représentent par rapport à l'ensemble de ses dépenses. Évidemment, les influences électorales, sinon démagogiques, risquent ainsi de réagir indirectement sur le montant des marchés ; par exemple, l'État est toujours en retard par rapport aux particuliers pour l'adaptation au coût de la vie des traitements et salaires ;

les fonctionnaires sont les derniers augmentés et les derniers diminués ; d'autre part, en régime de suffrage universel, le nombre est plus intéressant que la qualité ; l'augmentation des traitements commencera donc plus tôt pour les petits fonctionnaires et son amplitude finale dépassera généralement celle du coût de la vie ; au contraire, la baisse commencera par les hauts fonctionnaires et se limitera souvent à eux seuls. Le salaire pris pour base de la révision ne peut être que celui des petits fonctionnaires, employés des dernières classes ou ouvriers ; le décalage dans le temps sera donc plus faible que s'il s'agissait de l'ensemble des fonctionnaires, cependant il subsistera très nettement ; l'amplitude finale des variations sera généralement trop forte en cas de hausse et trop faible en cas de baisse. La combinaison de ces divers éléments donnera finalement les résultats suivants : la révision au profit du fournisseur sera inexistante ou trop faible pendant toute la hausse ; elle subsistera pendant un certain temps après la fin de la hausse, à une époque où elle n'a plus aucune raison d'être ; enfin, la révision au profit de l'État sera généralement inexistante ou trop faible. Évidemment, il ne s'agit là que des différences les plus probables, qui peuvent être profondément modifiées par diverses considérations politiques. Dans l'ensemble, nous pouvons seulement affirmer que ces considérations politiques influenceront sur la révision et l'écarteront parfois assez sensiblement de la révision logique. Le système en cause est donc susceptible d'assez sérieuses critiques.

*
* * *

Il nous faut maintenant conclure après les larges développements que nous avons dû consacrer au plus important de tous les paramètres.

Le salaire réel du fournisseur doit être écarté : sa définition exacte est difficile et soulève des problèmes nombreux et délicats ; la moindre imprécision à ce sujet entraîne inévitablement des litiges qui détruisent l'automatisme recherché ; le pourcentage révisable étant généralement supérieur à la réalité, un fournisseur qui travaille surtout pour l'État aurait avantage à augmenter trop vite les salaires et à les diminuer le moins possible, autrement dit à

exagérer leur hausse et à freiner leur baisse ; ce résultat est peut-être avantageux au point de vue social, ce qui n'est d'ailleurs nullement certain, mais il est désastreux pour l'État qui perd à tous les coups ; dans le cas général où les travaux pour l'État ne représentent qu'une faible partie des travaux totaux, ce dernier inconvenient disparaît mais, par des manœuvres intelligentes, telles que variations relatives des divers éléments du salaire, changements apportés au moment le plus propice, etc., le fournisseur peut habilement modifier la révision en sa faveur ; or il est inadmissible que l'État se voie opposer un décompte mettant à sa charge exclusive, en plus de l'aléa subi, tout l'aléa créé par le fournisseur ; il faut donc adopter un paramètre sur lequel le fournisseur ne puisse avoir aucune influence.

L'adoption d'un salaire régional, professionnel ou national évitera la plupart des inconvénients précédents, ainsi que toute intrusion dans la comptabilité du fournisseur ; certes, le salaire de ce dernier intervient dans celui de son groupement, mais son influence y est faible ; les combinaisons trop astucieuses, qui nécessiteraient l'accord des autres membres du groupement, deviennent ainsi presque impossibles. Les salaires pris comme paramètres et ceux du fournisseur considéré pourront subir des variations d'amplitude différente ; c'est là un fait qui intéresse surtout les rapports entre le patron et l'ouvrier ; pour l'État, il est sans importance puisque la prétention des clauses automatiques n'est pas de calculer exactement la réalité, mais seulement de ne pas s'en écarter de façon trop choquante ; or, si l'amplitude des variations de salaire peut être différente pour le paramètre et le salaire exact, si même l'un d'eux peut varier quand l'autre reste stable, en tous cas les variations ne seront jamais de sens inverse au même moment. Toute discussion entre l'État et le fournisseur sera supprimée, ce qui est le but principal des clauses automatiques. Il suffira d'adopter comme paramètre un indice sérieux, publié par un organe compétent et consciencieux.

Tel est le meilleur paramètre en ce qui concerne les salaires : nous examinerons ultérieurement si le principe même d'un paramètre « salaires » est à retenir et dans quels cas il convient de l'introduire.

SECTION VII

Les paramètres «matières»

Après les salaires, les paramètres les plus souvent employés sont les diverses matières ; elles ont été introduites dans les clauses de révision de certains marchés particuliers dès 1907 (chap. III, sect. IX). Leurs variations sont beaucoup plus accentuées que celles des salaires ; les grandes crises, dont 1931 nous a fourni le plus notable exemple, entraînent pour les prix des matières premières de véritables effondrements, souvent suivis de redressements non moins brusques ; les hausses et les baisses de salaires, quelles qu'en soient les amplitudes déplorables, sont heureusement comprises dans des limites beaucoup plus étroites. La révision matières serait donc plus utile que la révision main-d'œuvre si l'un et l'autre paramètre s'étendaient sur des périodes analogues ; mais, alors que les dépenses de main-d'œuvre sont réparties sur toute la durée de la fourniture, les marchandises sont surtout commandées à son début ; par exemple, le minerai nécessaire à la fabrication d'un canon, le cuivre destiné à la fabrication d'objets en bronze ou en laiton sont approvisionnés dès la notification de la commande afin que leur mise en œuvre puisse commencer le plus tôt possible ; les fournisseurs importants possèdent de gros stocks, dans lesquels ils puisent dès la signature du marché ; enfin, bien des matières peuvent être achetées à terme dès ce moment, ce qui met les fournisseurs à l'abri de toutes variations de cours en leur assurant des prix fermes. Ces diverses raisons viennent compenser les premières et donnent aux deux grandes catégories de paramètres une importance sensiblement équivalente.

A. — PRIX RÉELS ET PRIX FORFAITAIRES

La première question que nous avons rencontrée à propos de la main-d'œuvre était celle de savoir si le paramètre de base devait être le salaire réel ou un salaire forfaitaire ; pareille question ne

semble pas avoir discutée pour les matières. *Il paraît*, en effet, *presque impossible de prendre les prix aux dates des commandes* ; comment le Contrôle en usine pourrait-il vérifier ces dates ? Il lui est facile de s'assurer que des commandes ont bien eu lieu aux dates indiquées par le fournisseur. mais, nous l'avons vu, il n'a bien souvent aucun moyen de savoir si ces commandes étaient réellement destinées au marché en cause : par exemple, une société importante achète très fréquemment de la fonte, du cuivre, du laiton, etc. ; aussi est-il presque impossible de vérifier soit à quelles dates ont eu lieu les commandes de métaux destinées à un marché donné, soit à quels marchés étaient destinées les commandes faites un certain jour ; le fournisseur sera donc tenté d'indiquer comme jours des commandes ceux pour lesquels les plus hauts cours ont été atteints ; l'État ne pourra que très difficilement discuter ces affirmations ; il ignorera les remises ou ristournes consenties ; il sera à la merci de l'industriel et ne pourra compter que sur la bonne foi de celui-ci ; mais l'industriel lui-même ignore la correspondance exacte entre les commandes de matières et les marchés auxquels elles sont appliquées ; s'il hésite entre plusieurs dates, peut-on raisonnablement lui demander d'indiquer celles qui lui sont le plus défavorables ?

Ces raisons, qui suffisent à faire écarter les clauses vagues de révision pour les matières, empêchent aussi de baser les clauses automatiques sur les prix d'achat réels ; ceux-ci ne sont utilisés qu'en l'absence de toute mercuriale ; tel a, par exemple, été le cas de travaux d'emballage à effectuer au Service hydrographique ; le fournisseur devait présenter toutes ses factures à la Marine et le président de la Chambre syndicale des emballeurs devait en certifier la conformité avec les prix couramment pratiqués (note C.C.M.I. 393 du 5 oct. 26). De même, le Service de la voie du P.-L.-M. a parfois basé la révision sur les quantités réellement employées et les prix réellement payés, justifiés les uns et les autres par la production de factures et la certification des industriels. Mais cette solution est exceptionnelle et doit être écartée autant que possible ; les fournisseurs cherchent toujours à éviter les enquêtes sur leurs dépenses réelles et l'État n'a aucun intérêt à faire de pareilles investigations, à moins qu'il ne cherche systématiquement à contrôler les prix de revient.

B. — LE CHOIX DES MERCURIALES

Donc, presque toujours, les prix adoptés sont des prix moyens, publiés dans le *Journal Officiel*, la *Journée industrielle*, l'*Usine* ou toute autre publication ou mercuriale de caractère officieux (*Bâtiment*, *Revue générale d'électricité*, etc.) ; peu importe d'ailleurs que ces documents émanent des intéressés eux-mêmes sans vérification par les services de l'Etat ; les organismes qui ont établi les cours représentent des collectivités suffisamment importantes, pour qu'on ne puisse supposer de leur part un coup de pouce favorable aux intérêts particuliers de certains de leurs membres ; d'ailleurs, à tout moment, plusieurs d'entre eux ont des commandes pour l'État ou les grandes administrations ; donc chaque cours est à la fois cours initial pour les uns et cours de comparaison pour d'autres ; un coup de pouce par rapport aux chiffres réels ferait perdre à certains industriels ce qu'il ferait gagner à quelques autres.

Au contraire l'inconvénient des mercuriales officieuses deviendrait certain si elles devaient déterminer non pas la révision proprement dite, par comparaison de deux valeurs, mais le prix lui-même ; car alors l'intérêt de tous les membres du groupement agirait dans le même sens et ne serait plus contrebalancé ; c'est ainsi que la série de prix de la Société centrale des architectes, après avoir enregistré régulièrement et en leur temps les hausses de prix, n'a tenu compte des baisses que pour une part réduite ; aussi l'administration préfectorale de la Seine a-t-elle dû protester contre cette anomalie auprès des présidents de la Société centrale des architectes et de la Société des architectes diplômés par le Gouvernement.

Comme presque tous les ministères ou grandes administrations admettant des clauses automatiques pour les variations de matières, (Marine marchande, Air, Guerre, Tabacs, Travaux publics, P.T.T., Ville de Paris, Chemins de fer, Gaz de Paris, Métro, S.T.C.R.P.), la Marine se base donc sur des mercuriales officieuses.

Pour éviter toute ambiguïté, la clause de révision doit définir avec grand soin la rubrique à adopter ; ceci est d'autant plus nécessaire que, dans un journal spécial comme la *Journée industrielle* plusieurs pages en caractères très fins sont consacrées aux cours de toutes les matières et chacune d'elles se rencontre sous plusieurs

rubriques correspondant à de légères différences de caractéristiques, de qualités, de pays ou de régions.

Le cours adopté aura parfois une valeur unique bien définie : par exemple, cours de l'étain Banka livraison Havre publié périodiquement par le « Prix courant légal des marchandises en gros sur la place de Paris » et relevés sur le *Journal Officiel*. D'autres fois, ce sera la moyenne de plusieurs cours : par exemple, cours moyen des tôles de 5 mm. et plus publié quotidiennement par la *Journée industrielle* sous la rubrique « Marché de Paris » (le cours d'un jour donné sera ainsi la moyenne d'une dizaine de cours quotidiens).

Si la publication à laquelle se réfère une clause, sans autre précision, comporte plusieurs cours, c'est leur moyenne qui doit être adoptée (C.E., 26.12.24, Comte), à moins que l'un d'eux, et lui seul, ne corresponde nettement à la nature des matières employées pour la fourniture (C.E., 21.5.26, Ville de Honfleur, R., p. 533).

La moyenne ne doit pas être calculée en s'arrêtant au nombre de décimales conforme aux habitudes de l'Administration, mais en poussant l'opération tant que les décimales ont une valeur appréciable pouvant influencer sur le contrat (C.E., 17.5.07, S. 1908.3.137 ; Hauriou, *Jurisp. adm.*, t. III, p. 689) ; mais le marché peut comporter toute convention possible quant au nombre de décimales à considérer ; en fait, de nombreuses clauses précisent comment doivent être arrondis les résultats des calculs.

Les premières clauses automatiques adoptées par la Marine portaient que, « au cas où les mercuriales spécifiées indiqueraient à une même date deux cours limites pour une matière quelconque, on prendrait la moyenne de ces deux cotations pour définir le cours de cette matière à la date considérée ». Mais le cours limite maximum pouvant provenir de grosses commandes accidentelles, il a été ensuite admis que le cours minimum seul serait relevé, tant au moment de la soumission qu'aux diverses époques prévues au contrat.

La référence à un bordereau de prix s'applique également aux annexes de ce bordereau (C.E., 21.12.27, Chantiers de la Gironde, R., p. 1243).

Si certains cours manquent dans les mercuriales, ils doivent, pour l'établissement de la moyenne, être remplacés par le dernier cours paru ; le résultat serait inexact si l'on prenait la moyenne

des cours effectivement publiés ; mais il ne doit pas être tenu compte des dimanches (3013 C.C.M.I. du 11 mai 1927).

Il arrive exceptionnellement que les prix soient déterminés par un système autre què la mercuriale officielle ; citons en particulier les suivants :

1^o *Indice officiel*. Les cours donnés par le *Journal Officiel* sont en réalité ceux des bourses de commerce ; c'est pourquoi nous les avons cités dans les indices officiels ; cependant les règles particulières à leur détermination et leur consécration officielle leur donnent une valeur supérieure à celle des cours officiels proprement dits.

Quand il n'est pas établi par un organe officiel (journal *L'Usine*, Comptoir des mines du Nord et du Pas-de-Calais, etc.), le cours du charbon est parfois (cas des Tabacs, de la Marine depuis quelques années) le cours officiel établi par le ministre des Travaux publics pour la station centrale la plus voisine.

Le prix de l'énergie électrique est généralement défini par les indices basse ou haute tension périodiquement fixés par le ministre des Travaux publics.

Une mercuriale dressée par un maire ne peut comporter des cours supérieurs à la taxe officielle établie par le Gouvernement, car ceux-ci, même s'ils étaient réels, ne pourraient provenir que d'opérations illicites (C.E., 7.1.27, Sultana et Galby, R., p. 9).

2^o *Prix fixés par une autre société*. Le cours peut éventuellement être fixé par une autre société, si l'importance de celle-ci écarte toute possibilité de manœuvre ou si la matière en cause a un prix bien défini dans une certaine région ; ainsi, les contrats de concession pour les services de transport public adoptent souvent comme bases de révision le prix des pneumatiques établi par les Établissements Michelin et le prix de l'essence dans une grande société régionale de distribution (voir par exemple convention de la Lozère, J.O. du 22.7.31, p. 7898).

3^o *Prix des autres marchés passés par le service*. Le Service de nettoisement de la Ville de Paris adopte pour la concession de l'enlèvement des ordures ménagères par autotombereaux le prix de l'essence qu'il achète lui-même pour sa consommation directe ; le ministère de l'Air (qui généralement ne donne pas la moindre

précision sur les mercuriales à adopter, ce qui détruit en grande partie l'automatisme des clauses) adopte pour les spécialités et accessoires divers imposés les prix résultant des marchés passés directement par le Service des fabrications de l'Aéronautique.

Pareille clause, dont le principe est logique, présente pratiquement des difficultés d'application dont nous dirons quelques mots à propos des marchés généraux de la Marine (chap. V, II, E).

4^o *Prix fixé par une commission.* Les index, d'après lesquels sont révisés les tarifs des transports automobiles, sont parfois établis par une commission composée de fonctionnaires, d'un négociant en gros en essence et d'un négociant en gros en bandages automobiles (voir par exemple Nièvre, *J.O.* du 26.7.31, p. 8213) ; la commission, remarquons-le, ne comporte aucun représentant du vendeur, en l'espèce l'entrepreneur de transports. Le système dérive donc de celui qui a été exposé au paragraphe 2^o ci-dessus ; mais les cours, au lieu d'être fixés ne varient par un tiers, peuvent ici être discutés par l'Administration, et par elle seule.

5^o *Arbitrage.* Enfin, la commission dont nous venons de parler peut être remplacée par des arbitres, qui établiront le prix soit d'office soit en cas de désaccord des parties sur les conséquences pratiques d'un des systèmes précédents ; une telle clause a été adoptée en particulier pour les concessions de transports automobiles (par exemple Savoie, *J.O.* du 9.7.31, p. 7429), pour les distributions d'énergie électrique (par exemple delta du Tonkin, *J.O.* du 12 sept. 1931, p. 10.060) et pour un marché de papier à cigarettes passé en octobre 1931 par les Manufactures de l'État ; elle a l'avantage de supprimer toute possibilité de désaccord et peut résulter d'une convention générale d'arbitrage, pour tous les différends concernant le marché ; elle comporte également l'intervention de deux arbitres, au besoin départagés par un tiers arbitre.

Si le système adopté, quel qu'il soit, cesse d'être applicable, le marché doit d'ailleurs définir un système de remplacement, de manière à éviter des litiges ultérieurs ; ainsi la Marine, comme plusieurs autres administrations, fixe la mercuriale à adopter si celle qui a été choisie cesse d'être publiée ; elle précise également la manière de tenir compte du décalage de la nouvelle mercuriale par rapport à l'ancienne. De telles clauses sont bien préférables à celles qui

prévoient la nécessité d'un avenant ou la résiliation du marché si l'une des mercuriales cesse de paraître ou change de forme (par exemple marché susvisé de papier à cigarettes) ; les clauses automatiques doivent régler toutes les difficultés possibles, sans nouvelle convention et surtout sans résiliation ; pour ce faire, elles doivent prévoir soit un système indiciaire de remplacement, soit un arbitrage.

C. — LE NOMBRE DES PARAMÈTRES « MATIÈRES »

Faut-il augmenter ou diminuer le nombre des paramètres matières ? Les marchés de la première tranche du programme naval, nous l'avons vu, en comportaient quatre : charbon de forge, fonte hématite, tôles et cuivre. Lors de l'établissement des clauses automatiques en 1926, la Chambre syndicale insista pour en ajouter six autres : charbon de force motrice, fonte de moulage, blooms, étain, zinc et plomb ; la Marine lui donna satisfaction. Mais, dans un cas comme dans l'autre, le nombre de paramètres n'est nullement impératif ; suivant la nature du marché, certains d'entre eux pourront être supprimés alors que d'autres seront ajoutés (par exemple bois, aluminium, caoutchouc).

Ainsi, la circulaire du 15 janvier 1920 prescrivait, pour certains marchés de travaux publics, de considérer une matière comme prépondérante et de supposer que les autres variaient comme celle-là ; par exemple, pour les maçonneries, la matière prépondérante serait la chaux ou le ciment ; pour les dragages, le charbon ; pour les cylindrages à traction mécanique, le charbon ou le pétrole ; pour la partie la plus importante des ouvrages métalliques, l'acier laminé, etc.

Mais *une trop grande réduction du nombre des paramètres n'est pas à recommander* car, contrairement à ce qui se passe pour les salaires, les courbes de prix ne sont nullement parallèles pour les diverses matières ; les variations des prix résultent en effet de causes générales et de causes particulières. Les premières s'appliquent à toutes les matières sans exception ; ainsi la crise de 1931-1932 a fait baisser tous les cours, quels qu'ils soient. Mais elle les a fait baisser dans des proportions très variables ; les métaux ferreux par exemple sont restés relativement stables si on les compare

aux autres métaux ; c'est qu'en effet certaines causes particulières influent sur le prix d'une matière indépendamment des autres ; la fermeture de certains débouchés, l'augmentation de la production, l'amélioration des procédés de fabrication, la découverte de matériaux de remplacement produiront une baisse spéciale à une matière ; c'est ainsi par exemple que le caoutchouc ne cesse de baisser depuis plusieurs années et baissait déjà alors que toutes les autres matières montaient. Si donc on réduit le nombre des paramètres, comme l'avait d'abord fait le ministère de la Marine marchande (v. ci-dessus chap. III, sect. IX, A), on ne tiendra compte que des causes générales (crises, change, etc.) ; quant aux causes particulières, non seulement elles ne seront pas corrigées, mais même elles conduiront fréquemment à des variations en sens inverse de la révision ; pour en tenir compte, il est indispensable d'augmenter le nombre des paramètres.

Est-ce à dire qu'il faille l'augmenter outre mesure ? Non assurément, car il en résulterait une complication excessive des formules et des révisions. Ainsi, la Chambre syndicale proposa en juillet 1926 de baser la révision des tôles sur « le centre de gravité des cours qui définissent les prix des tôles, profilés, cornières, étirés, ronds, tubes, tuyaux, ouvrages en tôlerie, câbles en acier, rivets, boulons, écrous, vis, par application des clauses de chacune des sous-commandes correspondantes » ; la Marine refusa à juste titre une formule aussi compliquée. Mais l'Air a fait mieux, en adoptant dans le même marché 61 paramètres différents, dont 23 correspondant à toutes les formes et dimensions primitives des seules pièces en duralumin ! Sans aller aussi loin, il nous paraît déjà exagéré de considérer à la fois le charbon de forge et le charbon de force motrice, la fonte hématite et la fonte de moulage ; les prix de tous les métaux ferreux, par exemple, comportent comme tous les prix une partie fixe, une partie représentant la matière première, une partie représentant les salaires ; en principe, la première doit rentrer dans le pourcentage non révisable, la deuxième est partagée entre les coefficients des diverses matières premières (minerai de fer, charbon, etc.), la dernière rentre dans le coefficient main-d'œuvre. Il appartient au fournisseur de faire ses calculs en tenant compte de cette répartition, ce qui est certes fort compliqué mais pourra cepen-

dant se réaliser par tâtonnements et approximations successives ; mais, la répartition une fois effectuée, il ne doit plus subsister que les matières premières élémentaires, non travaillées ; car une matière travaillée représente à la fois de la matière et de la main-d'œuvre ; or celle-ci est déjà intervenue dans le paramètre salaires.

On serait ainsi conduit à prendre le minerai comme paramètre ; cependant il est généralement plus simple de prendre le métal lui-même, qui donne lieu à des cotations régulières dans les diverses mercuriales ; cette substitution ne présente aucun inconvénient ; elle revient à incorporer soit dans le pourcentage fixe soit dans le paramètre matières la main-d'œuvre employée pour les travaux métallurgiques et quelques travaux mécaniques (bloomage, laminage) ; mais il est inutile de considérer le métal dans plusieurs états successifs, il suffira de considérer le premier d'entre eux ; par exemple, le prix d'une tôle comprend le prix des blooms et celui du charbon, la main-d'œuvre de transformation et une partie fixe ; il sera tenu compte de ces divers éléments en majorant d'autant les coefficients des blooms, du charbon et des salaires ; ces trois paramètres sont suffisants et il paraît inutile d'en introduire un nouveau pour les tôles. Mais inversement on ne pourrait conserver le paramètre tôle seul car les blooms servent à faire bien autre chose que des tôles.

On n'adoptera donc jamais deux paramètres représentant les états successifs d'une même fabrication ; le premier d'entre eux seul sera conservé ; on ne préférera le deuxième que lorsque le premier ne fera pas l'objet de cotations régulières.

Le nombre des paramètres est d'ailleurs un cas d'espèce, à fixer pour chaque marché particulier ; ainsi un soumissionnaire qui a pu s'assurer une option pour des matières à commander dans un bref délai après notification ou qui aura effectué des achats à terme pourra supprimer les paramètres correspondants dans les formules de révision.

D. — LA DÉTERMINATION DES COURS DE BASE

Enfin, les cours à considérer doivent être relativement simples et peu nombreux, sous peine de conduire à des recherches par trop compliquées ; ainsi, le « cours quotidien des tôles » est la moyenne

d'une dizaine de cours à rechercher dans plusieurs grandes pages de la *Journée industrielle*, à caractères très fins ; ces cours ne sont publiés ni tous les jours ni à une place invariable ; le cours moyen d'un mois résultera ainsi d'environ 200 lectures ; le cours moyen pendant 10 mois, comme le prévoient de nombreux marchés, exigera environ 2.000 lectures, ainsi que le calcul de la moyenne correspondante, compliquée parfois par des coefficients différentiels à appliquer chaque mois ! Le personnel du Contrôle devra consacrer à ce travail assez fastidieux un temps enlevé à ses besognes techniques, qui sont essentielles ; le fournisseur devra y employer un personnel spécial dont la Marine paiera finalement les salaires ; donc, à tous points de vue, la complication exagérée des formules sera désavantageuse pour l'État.

A cet égard, des simplifications nombreuses pourraient être apportées aux formules actuellement en vigueur : réduction du nombre des paramètres, adoption de paramètres bien définis et non de moyennes de paramètres (par exemple, tôles de telle épaisseur et non moyenne des tôles de plusieurs, sinon de toutes les épaisseurs), considération des cours à un jour bien déterminé de chaque semaine ou de chaque mois et non moyenne de tous les cours quotidiens, etc.

Ici encore, le ministère de l'Air a adopté une formule compliquée par laquelle les éléments de la révision (nombre et nature des paramètres, importance relative de chacun d'eux) restent à définir par avenant ; c'est là un procédé défectueux ; le marché lui-même doit donner toutes précisions sur les modalités de la révision.

La Compagnie P.-L.-M. adopte pour le charbon « la moyenne arithmétique du prix moyen pour l'ensemble de la France (déterminé lui-même par moyenne arithmétique) et du prix moyen du ou des départements où s'exécutent les travaux » ; cette clause est beaucoup trop compliquée car, si le prix du charbon varie d'un département à l'autre, les courbes sont semblables et synchrones ; l'une d'elles peut donc remplacer toutes les autres.

La Caisse autonome (monopole des tabacs), passant en octobre 1931 son premier marché révisable pour la fourniture de papier à cigarettes, a adopté une disposition particulière : pour éviter les fluctuations accidentelles, le cours de certains produits est la moyenne des cours moyens pris pendant la même période dans

trois pays différents ; par exemple, le cours des « bulles gris dur » pendant un semestre est la moyenne de 3 cours : le premier est la moyenne des 12 cours publiés par un organe bimensuel français, le deuxième est la moyenne des 26 cours publiés par un organe hebdomadaire anglais, le troisième est donné semestriellement par la circulaire d'une maison autrichienne ; la disposition ainsi adoptée est bien compliquée et paraît peu utile en général, à moins de circonstances particulières rendant suspectes les mercuriales françaises d'un produit déterminé.

Les mercuriales étrangères peuvent aussi s'imposer pour le cas de marchandises achetées à l'étranger ; c'est ainsi que le marché passé le 6 octobre 1928 avec une firme allemande, l'*Ingenieurbaugesellschaft* Christiani et Nielsen, pour construction à Saint-Nazaire d'une grande forme-écluse, prévoit des révisions d'après les cours du *Hochofenzement* sur chaland Hambourg, des aciers laminés dans la Ruhr et du cuivre électrolytique sur le marché de Berlin ; les publications allemandes donnant ces cours sont définies comme cela a lieu pour les marchés exécutés en France.

En résumé, l'application des paramètres matières dans les clauses automatiques soulève moins de questions litigieuses que l'application du paramètre salaires, alors que le phénomène inverse avait lieu pour les clauses de principe ; *plus encore que pour le paramètre salaires, l'automatisme des clauses est donc indispensable pour les paramètres matières*. Néanmoins, une étude attentive s'impose encore pour les modalités à introduire dans ces clauses qui doivent être très claires, d'une précision indiscutable et aussi simplifiées que possible, afin de réduire au minimum le travail de révision tout en tenant compte des principaux paramètres indépendants les uns des autres.

SECTION VIII

Les paramètres basés sur le change

Les clauses de révision ont été introduites à l'effet de garantir les fournisseurs contre les hausses de salaires et de prix occasionnées par la guerre et ses conséquences ; mais, en réalité, elles sont restées exceptionnelles tant que le franc a conservé une stabilité relative. De fortes variations de prix se produisaient avant la guerre, des crises cycliques ou accidentelles entraînaient des hausses ou des baisses fort sensibles, même pendant la durée d'un marché de fournitures ; la crise de 1931 a fait atteindre par tous les prix des records en baisse ; néanmoins, pendant ces périodes, les fournisseurs n'ont généralement pas réclamé de clauses de révision ; ils considéraient et considèrent encore les hausses ou les baisses comme des aléas à leur charge ; ils s'assuraient d'ailleurs contre les répercussions possibles de ces variations en majorant leurs prix en conséquence.

Les aléas ne parurent vraiment insupportables, les fournisseurs n'exigèrent vraiment des clauses de révision qu'à l'époque du franc en caoutchouc ; la question ne se serait probablement pas posée, même pendant les hostilités, si la guerre n'avait entraîné qu'une hausse passagère des prix sans effondrement de la monnaie nationale ; mais, lorsqu'on ne peut plus prévoir ce que vaudra une somme payée dans plusieurs mois, les contrats de longue durée deviennent impossibles. En allant au fond des choses, on peut donc affirmer ceci : *c'est l'instabilité monétaire qui entraîne la révision des prix.*

Dès lors, pourquoi chercher des formules de révision très compliquées, soulevant les nombreux et délicats problèmes que nous venons de rencontrer ? *N'est-il pas plus simple de prendre un paramètre unique, indépendant de la monnaie nationale, par exemple l'or ou une devise étrangère basée sur l'or ?* Le fournisseur serait ainsi garanti de la façon la plus simple contre le seul aléa qui lui soit réellement insupportable.

Malheureusement, il y a à cela, dans les circonstances présentes, un obstacle décisif : *la jurisprudence ne reconnaît pas la validité de telles clauses et l'Administration refuse de les introduire dans les marchés.*

Nous n'entrerons pas dans le détail des discussions doctrinales soulevées à ce sujet (1) ; nous ne rechercherons pas les principes généraux du droit monétaire dans Dumoulin et Pothier (2), dans le droit intermédiaire (3), dans le Code civil (art. 1895, 1896, 1932), le Code de commerce (art. 143) et le Code pénal (art. 475 n° 11). Nous nous bornerons à indiquer de façon très sommaire l'état actuel de notre jurisprudence, sans en citer les références que l'on trouvera dans les ouvrages susmentionnés.

Tout d'abord, en période de cours légal mais non forcé, les clauses de paiement en or ou en devises étrangères sont valables ; les contractants ont une liberté pleine et entière pour le choix de la monnaie de paiement. « Tout ce qui résulte du cours légal, c'est qu'un créancier ne peut pas, dans le silence du contrat, refuser de recevoir en paiement une monnaie ayant cours légal » (4).

En période de cours forcé (du 5 août 1914 au 25 juin 1928), ces clauses restent valables pour les paiements internationaux ; mais que faut-il entendre par paiements internationaux ? M. Lalou (5) cite à ce sujet cinq systèmes possibles, entre lesquels la Cour de Cassation ne peut être considérée comme ayant pris parti ; M. Ca-

(1) Voir notamment notes de M. Labbé sous Aix, 23 nov. 1871 et Douai, 8 avr. 1872, S. 72.1.161 ; — Note Boistel sous Cass, 11 fév. 1873, D. 73.1.177 ; — Demolombe, *Traité des contrats et obligations*, t. IV, p. 226 ; — Lyon-Caen, note S. 1920.1.193 ; — Dupuich, note D.P. 20.1.137 ; — Demogue, *Le cours forcé des billets de banque et ses effets* ; — *Journal des notaires*, 1921, p. 137 et suiv. et 1923, p. 97 ; — Mestre, note S. 23.2.121 ; — Lalou, note D.P. 24.2.17 ; — Nogaro, *Rev. trim. Dr. civ.*, 1925, p. 5 et suiv. ; — André Mater, *Traité juridique de la monnaie et du change*, 1925, p. 188 et suiv. ; — Mestre et James, *La clause or en droit français*, 1925 ; — Geny, *Rev. trim. dr. civ.*, 3^e trim. 1926 ; — James, *La clause payable en or*, thèse, Paris, 1924 ; — Jèze, *Rev. de science et législ. financières*, 1924 ; — Nogaro, *Principes fondamentaux du droit monétaire français* ; — Notes de M. Capitant, D.H., 1925, p. 69 ; 1926, p. 1, 17 et 33 ; 1928, p. 53 ; 1929, p. 13 ; — Planiol et Ripert, t. VII, p. 493 et suiv.

(2) *Traité du contrat de constitution de rente*, 1763, n° 99.

(3) Barrault, *Le droit monétaire français*, dans *Rec. de dr. commerc. de la collection des juriscenseurs*, année 1926 ; — loi du 20 ventôse an IV.

(4) Capitant, D.H., 1928, p. 55.

(5) *Op. cit.*, p. 8.

pitant admet (1) que « tout paiement qui aboutit à une importation ou une exportation de monnaie fait partie de la circulation internationale ; c'est une opération de change ; il est régi par des lois entièrement différentes de celles qui établissent le cours légal et le cours forcé des billets de banque, ces dernières n'étant valables que pour la circulation intérieure » (2).

Au contraire, dans la même période de cours forcé, les stipulations de paiement en monnaie métallique ou en devises étrangères sont nulles, comme contraires à l'ordre public ; elles aboutiraient en effet à établir une prime en faveur d'une monnaie, un agio en faveur d'une autre ; or le législateur, qui a établi le cours forcé, n'admet pas tout ce qui, directement ou indirectement, reviendrait à contester la valeur de ses monnaies (3).

Les clauses licites en période de cours légal sont suspendues pendant la période de cours forcé et redeviennent valables quand le cours forcé est abrogé (4). Mais, dans ce dernier cas, intervient la nouvelle loi fixant le taux légal de la monnaie : par exemple « le créancier bénéficiant d'un de ces contrats antérieurs à 1914 assortis d'une clause-or n'aura, après la loi de 1928, qu'une satisfaction théorique. Le franc-or auquel il peut prétendre en effet, après 1928, ce n'est pas le franc-or de 322 mgr. défini par la loi du 7 germinal an XI, mais le franc-or de 65 mgr. défini par la loi de 1928 » (5).

Donc, en pratique, les clauses de paiement en or ou en devises étrangères n'ont aucune utilité (6) ; car, en période normale, peu importe au créancier d'avoir des pièces d'or ou des billets de banque, échangeables les uns contre les autres, à la seule différence près, pratiquement négligeable, du *gold-point* ; et, en période de cours forcé, alors que les clauses commenceraient à devenir intéressantes, elles ne sont plus valables.

(1) D.H., 1926, p. 34.

(2) Voir également Nogaro, *op. cit.*, p. 6 à 8 et 33 à 39.

(3) Circulaire du garde des sceaux du 16 juillet 1926 ; — Nogaro, *op. cit.*, p. 2 à 6 et 27 ; — Capitant, notes citées au Dalloz ; — Lalou, *op. cit.*, p. 14.

(4) Ouvrages cités ci-dessus ; — Capitant, D.H., 1928, p. 55 ; — contra Mestres, S. 1932.2.49.

(5) Lalou, *op. cit.*, p. 12.

(6) Capitant, D.H., 1928, p. 54.

Elles ne pourraient présenter de l'intérêt que si elles stipulaient « d'une façon formelle que les parties les ont considérées comme étant une condition essentielle de la continuation du contrat, et que celui-ci sera résilié de plein droit à la demande du créancier, au cas où le débiteur refuserait de payer en la monnaie, ou d'après les modalités convenues » (1). Mais encore faut-il pour cela une stipulation très précise et incontestable.

La création de la rente 4 % 1925 à garantie de change n'est pas susceptible de modifier cette jurisprudence (2) en vertu de l'adage *specialia generalibus non derogant*.

Remarquons d'autre part que la jurisprudence condamne non seulement la clause « or », mais les clauses « valeur-or », « devises étrangères » et même « coupons de rente 4 % 1925 » (3) ; elle estimait en effet que toutes ces clauses étaient équivalentes, à une époque où la convertibilité en or de la livre et du dollar paraissait devoir subsister éternellement ; « stipuler en livres ou en dollars ou stipuler en or, cela revient au même » disait l'avocat général Paul Matter (Civ., 17.5.27, D.P. 1928.1.25) ; peut-être la course à l'abîme des deux devises-reines conduirait-elle, le cas échéant, à modifier la jurisprudence, en considérant toutes les monnaies comme de simples marchandises, au moins aussi susceptibles de variations que le franc lui-même. Cette évolution paraîtrait normale.

Quoi qu'il en soit, jusqu'à maintenant, toutes les clauses dont nous venons de parler ont été illicites en période de cours forcé.

Les solutions de la jurisprudence ont généralement été adoptées par l'Administration ; c'est ainsi que, sur la demande de la C.C.M.I. (séance du 2 juin 1926), l'Instruction générale du 8 avril 1921 (art. 110 et 111) précise qu'exceptionnellement, et sur la demande des fournisseurs, les services pourront admettre comme paramètres certaines devises étrangères, lorsque le contrat prévoit le paiement de redevances pour licences de brevets étrangers ou l'achat d'appareils spéciaux également étrangers ; l'exception ainsi

(1) Capitant, D.H., 1928, p. 54.

(2) Capitant, D.H., 1926, n° 4.

(3) Malgré les déclarations faites au moment de l'émission par M. Georges Bonnet, sous-secrét. d'État à la présidence du conseil ; — v. Capitant, *Les succédanés de la clause payable en or*, D.H., 1926, n° 4.

prévue est celle qui est admise par la jurisprudence à propos des paiements internationaux.

Le 30 juillet 1926, c'est-à-dire au moment le plus aigu de la crise monétaire, la Chambre syndicale des fabricants et constructeurs de matériel de guerre demanda que « des mesures fussent prises afin de garantir les fournisseurs contre la dépréciation possible du franc entre la date d'établissement de la facture et la date effective du paiement ». L'insertion d'une telle clause, qui revenait à demander le paiement en francs-or, fut repoussée comme étant en contradiction formelle tant avec la jurisprudence qu'avec les règles de la Comptabilité financière (81 C.N.3 du 13.8.26).

Dans le courant de 1926, diverses associations de fournisseurs invitèrent leurs adhérents à insérer dans les marchés conclus entre particuliers français et exécutoires en France « certaines clauses ayant pour objet de faire varier les prix stipulés en francs suivant le cours du change d'une monnaie étrangère ou d'établir les prix en devises étrangères ». Aussi le ministre du Commerce adressa-t-il en octobre 1926 une circulaire aux Chambres de commerce et aux grands groupements économiques afin de mettre la question au point : il leur rappelait que, « malgré les discussions doctrinales et les affirmations de certains articles de presse se basant sur des décisions isolées de jurisprudence pour soutenir la légalité de ces stipulations, la jurisprudence de la Cour de cassation et des Cours d'appel les déclarait nulles » ; il ajoutait : « L'adoption de telles stipulations serait de nature à produire l'effet le plus fâcheux en ce qui concerne la confiance dans l'avenir du franc dont la défense doit, à l'heure actuelle, être la préoccupation de tous ceux qui constituent les forces vives du pays. Il est donc du devoir des groupements économiques de faire l'appel le plus pressant à l'esprit de solidarité qui doit unir leurs adhérents et leurs commettants pour la sauvegarde du franc et de les inviter à abandonner l'usage de clauses qui vont directement à l'encontre des mesures prises en vue d'assurer la bonne tenue de notre devise ».

En transmettant cette circulaire à la Commission centrale des marchés industriels et à la Commission centrale des marchés commerciaux par D.M. 363 C. du 27 octobre 1926, le ministre de la Marine leur demandait si les clauses adoptées jusqu'alors étaient

compatibles avec les prescriptions du ministre du Commerce.

L'Inspection générale des Constructions navales répondit, par note du 3 novembre 1926, en citant les quelques appareils industriels spéciaux qui avaient dû être commandés à l'étranger et dont les prix étaient fixés en monnaie étrangère ; elle faisait remarquer que ces cas exceptionnels étaient compatibles avec la circulaire du ministre du Commerce ; « il importe peu, ajoutait-elle, au point de vue du marché des changes, que l'État verse en paiement des devises étrangères qu'il aura d'ailleurs pu approvisionner à sa convenance, ou qu'il paie des francs que le fournisseur transformera aussitôt en devises » ; enfin, elle estimait que *l'obligation de stipuler uniquement en francs-papiers conduirait les fournisseurs étrangers à s'assurer largement contre les variations du change et serait ainsi, en fin de compte, onéreuse pour l'État.*

La Commission centrale des marchés commerciaux, par note du 29 octobre 1926, répondit dans le même sens et cita également un cas pratique rencontré par elle : en juillet 1926, après appel à la concurrence, une société proposa de livrer 22.000 tonnes de mazout, au choix de la Marine :

soit au prix ferme de 471 fr. 75,

soit au prix ferme de 46 shillings 5/12.

Lors de la soumission, le cours de la livre était de 180 francs, de sorte que le deuxième terme de l'alternative correspondait au prix de 417 fr. 75, variable avec le cours de la livre ; il paraissait ainsi nettement plus avantageux que le premier ; mais le fournisseur prévoyait à coup sûr une continuation accélérée de la chute du franc.

Lorsque la Commission examina l'offre précédente (27 juillet), le cours de la livre était déjà monté à 190 fr., réduisant en francs l'écart des deux prix indiqués ; aussi, soucieuse de respecter le principe rappelé par le ministre du Commerce, désireuse d'éviter toute pensée de spéculation sur les changes et continuant à accorder une préférence doctrinale aux prix forfaitaires, la Commission proposa-t-elle d'accepter l'offre en francs.

Mais le ministre de la Marine n'en jugea pas ainsi ; après consultation du ministre des Finances, il décida de traiter en monnaie anglaise ; et, pour éviter tout reproche de contravention aux lois

sur le cours forcé, il passa le marché à l'étranger, par commande directe de l'ambassade de France à une société locale.

Les événements ont donné raison au ministre ; l'amélioration du franc, commencée en août 1926, s'est accélérée les mois suivants et la somme payée a été finalement très inférieure à celle qui eût été déboursée en traitant à prix ferme, puisqu'à une différence initiale de 54 francs par tonne s'est ajouté tout le bénéfice de la baisse de la livre.

Ainsi la solution hardie mais quelque peu illicite adoptée par le ministre a occasionné au Trésor un bénéfice considérable ; nous n'en concluons pas que l'Administration doive négliger la jurisprudence et pratiquer couramment le jeu, nous ferons seulement remarquer qu'à côté des principes, parfois rigides à l'excès, un bon administrateur doit considérer tous les aspects pratiques des questions ; des règlements trop étroits ne doivent pas le lier ; il est nécessaire de lui laisser une certaine latitude, une liberté de mouvement dont seules quelques bornes rigides limiteront l'amplitude.

Cette affaire peut aussi suggérer deux réflexions sur des points particuliers :

1^o même si la prescription de traiter en francs était générale et absolue, il serait encore possible de la tourner en faisant élire domicile à l'étranger par les deux parties, lors de la conclusion du contrat ;

2^o la décision du ministre de la Marine, prise après avis du ministre des Finances, prouve qu'à cette époque, presque désespérée (début d'août 1926), le Gouvernement avait grande confiance dans le relèvement de la monnaie nationale.

Le 31 octobre 1928, la C.C.M.I. émit l'avis que les stipulations en livres et en dollars étaient devenues inutiles, avec la stabilisation du franc ; toutes les monnaies paraissaient alors devoir conserver les mêmes valeurs relatives ; mais, en 1931, l'effondrement de la livre et des devises scandinaves, en 1933 le suicide du dollar, semblent remettre au premier plan de l'actualité les clauses de paiement en monnaies étrangères et surtout en or.

Celles-ci, repoussées par la jurisprudence, nous semblent cependant les plus utiles clauses de révision : quand les variations de prix résultent des circonstances économiques, il y a là un phéno-

mène normal ; il est généralement admis que la crise de 1931-1932 a dépassé tout ce qu'on avait vu jusqu'alors ; cependant, il y a toujours eu des périodes de hausse et de baisse, de prospérité et de crises ; les alternances de vaches maigres et de vaches grasses ne sont pas un phénomène nouveau ; il est de l'essence du commerce et de l'industrie de se prémunir contre de telles éventualités, l'aléa économique est normal et doit se prévoir.

Mais que faire contre l'aléa financier ? Si la lente et continue dévalorisation des monnaies a toujours existé, leurs variations désordonnées et leurs chutes brusques sont de ces désagréables contingences qu'ont connues pour la première fois les générations d'après-guerre ; or l'expérience de ces dernières années a montré combien les changes erratiques créent une instabilité économique, paralysant les échanges et ruinant individus et sociétés : une prospérité factice semble d'abord s'instituer mais les bénéfices apparents sont en réalité des pertes de substance et la ruine vient à grands pas par l'effritement du capital exprimé en valeur-or ; ce phénomène est d'autant plus efficace que le marché est à plus longue échéance. En particulier, les marchés de fournitures ruindraient très rapidement les fournisseurs si ceux-ci ne se réservaient pas une marge de bénéfice bien supérieure à la normale ; mais alors, si le rythme de baisse se ralentit ou si la monnaie monte, le vendeur réalise des bénéfices considérables et l'acheteur est lésé d'autant. Le commerce et l'industrie se transforment en de pures spéculations : l'un des contractants se ruinera pendant que l'autre s'enrichira exagérément.

Ne vaut-il pas mieux rechercher des clauses mettant l'un et l'autre à l'abri de pareils aléas, écartant le jeu et rétablissant le principe du bénéfice normal ? Les avantages considérables qui en résultent au point de vue économique ne sont-ils pas suffisants pour justifier un changement de la jurisprudence ou, s'il le faut, de la législation en vigueur ? La réponse ne nous paraît pas douteuse : *si les clauses-or ou « valeur-or » étaient le seul moyen de se garantir contre les variations de change, elles devraient être reconnues comme licites ; mais, en fait, il est possible de parvenir au même but par d'autres voies.*

SECTION IX

**Les paramètres « matière unique »
ou « indices de prix »**

Il suffit pour cela de prendre un paramètre variant dans le même sens que le change : ce peut être soit une matière soit un indice de prix.

Ces paramètres sont-ils légaux ? Certains cas ne prêtent pas à discussion ; ainsi, nous avons vu dans notre introduction que rien ne peut s'opposer à une révision basée sur les quantités de matières entrant réellement dans le prix de revient ; par exemple, les marchés passés par la S.T.C.R.P. pour la fourniture de ciments révisent les prix d'après le seul cours du ciment, qui en forme l'unique élément ; à l'inverse, si la matière choisie est l'or, la clause correspondante est déclarée illicite par la jurisprudence. Les cas intermédiaires entre ces deux extrêmes sont douteux : soit donc pour paramètre une matière « révisant » une forte proportion du prix de vente mais n'intervenant dans le prix de revient que pour une part faible ou nulle ; si le paiement en nature est légal (avec quelques réserves dans des cas particuliers, art. 43 et 75, liv. I du Code du travail), « la jurisprudence hésite à reconnaître la licéité de la fixation du prix en marchandises avec paiement en billets » (1). Elle l'admet généralement aujourd'hui ; cependant certains arrêts (entre autres Amiens, 18.5.27, *Recueil Gazette Palais*, 1927.2.785 ; Rouen, 24.11.27, *Gaz. Pal.*, 20.1.28) font une réserve, que contenait déjà la circulaire du garde des sceaux en date du 16 juillet 1926 (*Gaz. Pal.*, 27.9.26) : « à condition, disent-ils, que les parties n'aient pas eu l'intention de tourner la loi du cours légal et du cours forcé, mais aient voulu simplement se prémunir contre l'instabilité des circonstances économiques ». M. Capitant (2) n'admet pas cette subtile distinction. « Le juge, dit-il, n'a pas en

(1) Nogaro, *op. cit.*, p. 20 ; — voir les principaux arrêts sur la matière, Nogaro, *op. cit.*, p. 40 et Capitant, D.P. 1928.1.25.

(2) Note D.P. 1928.1.25.

matière de convention à scruter la conscience des individus ; les clauses ci-dessus ne sont pas prohibées par la loi, cela suffit ; tout ce qui n'est pas interdit est permis ». De même, les paramètres « indices de prix » sont généralement reconnus licites (1). Dans un cas comme dans l'autre (marchandises ou indices de prix), les paramètres adoptés dépendent non seulement du change, mais de la plus ou moins grande abondance des marchandises, des crises économiques, etc. Les adopter, ce n'est donc pas discuter la valeur légale de la monnaie mais chercher à se garantir contre l'instabilité de l'étalon adopté pour les valeurs (2).

Les clauses en question sont donc légales et, de plus, elles sont plus perfectionnées que les clauses or puisqu'elles tiennent compte d'un plus grand nombre de variables ; ainsi les clauses or n'auraient eu aucune conséquence aux États-Unis (elles auraient été inopérantes jusqu'en juin 1933, nulles depuis lors), ou en France depuis 1928, malgré les très importantes variations de cours qui se sont produites dans ces deux pays ; au contraire les clauses « matière unique » ou « indices de prix » auraient garanti les vendeurs contre de telles variations.

Les exemples de leur adoption sont très rares : citons le cahier des charges pour l'électrification du delta du Tonkin (*Journ. Off.* du 12 sept. 1931, p. 10057) qui base toute la révision sur le prix en piastres de la tonne de charbon et spécifie que « le terme correctif tient compte, non seulement des variations de prix du charbon, mais d'une partie des autres éléments du prix de revient » ; son seul but paraît être de rendre les prix indépendants des cours de la piastre ; mais alors à quoi bon ajouter (art. 37 du même cahier des charges) que « la révision pourra être demandée à toute époque en cas de bouleversement économique ou lorsque le prix initial varie de plus de 30 % » ?

Citons également 6 marchés passés en 1926 par l'Artillerie navale et basant la révision sur l'indice des prix de gros.

En notre époque où toutes les monnaies risquent plus ou moins de devenir ou de redevenir erratiques, une clause destinée à tenir

(1) Nogaro, p. 22.

(2) Aix, 10.2.27, D.H., 27.246 ; — Douai, 6.3.28, *Gaz. Palais*, 25.6.28 ; — Esmein dans Planiol et Ripert, t. VII, p. 507 et suiv.

compte du change paraît très utile : à ce point de vue, la clause « matière unique » est une des moins satisfaisantes car elle ajoute aux variations générales celles qui sont particulières à la matière adoptée ; il est bien préférable d'adopter comme paramètre soit la moyenne d'un petit nombre de matières soit un indice de prix.

SECTION X

Le choix des paramètres optima

Nous avons examiné en détail les particularités des divers paramètres possibles ; nous pouvons donc maintenant chercher quels sont ceux qu'il est préférable d'introduire dans un marché.

Tout dépend du but poursuivi.

La Marine a consenti à introduire des clauses de révision de prix sur la demande expresse des fournisseurs, qui invoquaient la différence entre leurs dépenses prévues et réelles ; les clauses étaient donc destinées à compenser des pertes effectives ; aussi était-il nécessaire de leur faire serrer la réalité d'aussi près que possible ; nous avons rencontré cette préoccupation tout le long de notre étude ; c'est elle qui a fait introduire les clauses vagues ou de principe ; c'est elle qui, après l'échec total de ces dernières, fit choisir les paramètres « salaires » et « matières » en cherchant à calquer leurs valeurs sur les principaux éléments du devis ; c'est elle qui fit alors écarter les paramètres « indices de prix » ou « du coût de la vie », sauf dans le cas exceptionnel où les salaires du fournisseur seraient eux-mêmes basés sur les dits indices (C.C.M.I., 2.6.26).

Ce point de vue subsista jusqu'en 1926-1928 ; puis la Marine s'habitua peu à peu aux clauses de révision de prix et en vint à leur découvrir des avantages tels que certains de ses services les imposaient encore au début de 1933 à des fournisseurs qui n'en voulaient plus. La nouvelle thèse est la suivante : « L'industriel qui court un risque s'assure contre lui en majorant largement son prix de vente ; l'État obtiendra donc des prix plus avantageux en

épargnant au fournisseur le plus possible d'aléas. Pour cela, il doit rechercher les clauses qui, serrant la réalité au plus près, garantissent le fournisseur contre le maximum de risques ». Le point de vue diffère, le moyen ne change pas : il s'agit toujours de calquer la réalité.

Mais, nous l'avons vu, toute l'histoire des révisions de prix a montré l'impossibilité d'une pareille tâche ; sa réalisation entraîne des difficultés inextricables et de continuelles discussions entre acheteur et vendeur. De très larges forfaits sont indispensables ; les conditions de la révision doivent être prévues dans leurs plus minimes détails ; rien ne doit être laissé à l'arbitraire des parties ; l'automatisme absolu s'impose rigoureusement.

Donc, de plus en plus, il faut renoncer à de trop ambitieuses prétentions ; *on ne peut suivre la réalité*. Les clauses automatiques seront étudiées d'aussi près que possible ; mais, une fois déterminées, elles resteront immuables ; elles pourront donc conduire à une révision toute autre que la différence réelle des prix ; peu importe, car dans l'ensemble il y aura compensation ; *l'Etat sera lésé dans certains cas, le fournisseur dans d'autres ; au total, la multiplicité des contrats fera jouer la loi des grands nombres* ; les marchés d'entreprise et de fournitures comportent essentiellement une certaine part de risque pour chacun des cocontractants ; il est impossible de la supprimer entièrement ; pour ce qui concerne l'État, Bernouilli se charge de rétablir l'équilibre.

Est-ce à dire que les paramètres peuvent être choisis au hasard ? Évidemment non : leur utilité disparaîtrait s'ils remplaçaient simplement un risque par un autre ; autant vaudrait alors les supprimer et revenir au vieux marché forfaitaire de nos pères.

Les paramètres doivent remplir certaines conditions :

- 1^o leur détermination doit être rigoureusement automatique, sans laisser place à la moindre discussion ;
- 2^o leurs variations et celles des risques à garantir doivent se rapprocher autant que possible du parallélisme ;
- 3^o leur nombre doit être aussi restreint que possible ;
- 4^o la façon de les déterminer doit rester invariable pendant la durée du marché ;
- 5^o elle doit être indépendante de la volonté des contractants ;

6° des remplaçants doivent être prévus en cas de disparition (indice cessant d'être calculé ou publié) ou de bouleversement important (bases de calcul sérieusement modifiées).

Certaines de ces exigences sont contradictoires : l'équilibre à maintenir entre elles sera une question de mesure ; la solution à adopter devra être examinée dans chaque cas particulier, d'après toutes les données du problème.

Par exemple, en 1924-1926, la grande terreur était la dépréciation du franc : les meilleurs paramètres à adopter étaient donc l'or, une devise étrangère basée sur l'or ou le coupon de la rente 4 % 1925 ; mais, devant les difficultés juridiques, il fallait chercher autre chose arrivant au même but par une voie détournée : indice de prix, valeur d'une matière quelconque ; ainsi, certains fournisseurs proposèrent de prendre le cuivre comme paramètre unique. Il était alors parfaitement inutile de chercher la complication qu'imposait la Marine : personne ne songeait aux variations des matières et des salaires en valeur-or, mais tout le monde craignait la variation de l'étalon monétaire ; il eut donc été bien préférable de simplifier à l'extrême, en choisissant un paramètre unique ; sa détermination importait assez peu, il suffisait que le paramètre adopté suivit les variations du change avec un faible décalage.

Après 1926, tout était changé ; M. Poincaré ramenait la confiance à un point tel qu'on pouvait envisager une revalorisation étendue et prolongée ; on aurait donc pu être tenté de conserver encore un paramètre unique, censé varier comme le change ; en réalité on aurait eu tort, car si les prix de gros devaient baisser fortement et les prix de détail assez faiblement, les salaires ne devaient cesser de croître. Il valait donc mieux adopter un paramètre salaires et un paramètre matières... ou n'introduire aucune clause de révision, si les éléments du prix de revient devaient varier en sens inverse.

Après la stabilisation, nouveau changement ; on pouvait craindre une hausse générale des prix, par adaptation au coefficient 5 sinon à un coefficient supérieur ; les paramètres basés sur le change devenaient inutiles parce qu'invariables ; il paraissait indiqué d'adopter à leur place soit des paramètres tels que les salaires et diverses matières soit, à la rigueur, un paramètre unique basé sur

le prix de la vie (indice de gros, indice de détail, coût de la vie).

La hausse due tant à la stabilisation qu'au boom américain se produisit de 1926 à 1929 ; dès lors, un fournisseur à long terme ne semblait plus risquer que des événements diminuant son prix de revient ; il préférait supprimer les clauses de révision mais la Marine tenait à les conserver au moment où elles allaient enfin tourner à son avantage. Cependant il n'y avait aucune raison pour que toutes les matières suivissent des courbes parallèles à la descente ; des circonstances particulières agissaient sur chacune d'elles : le prix du caoutchouc avait commencé une chute verticale alors que certaines matières (fer, charbon) gardaient une stabilité remarquable ; adopter comme paramètre une matière particulière eût été un véritable jeu ; on aurait ainsi augmenté les risques au lieu de les diminuer ; il aurait mieux valu choisir l'indice des prix de gros mais ce n'était encore là qu'une approximation bien imparfaite ; il semblait donc indiqué de prendre comme paramètres quelques matières, dans la proportion même où elles intervenaient dans le prix de revient ; les salaires pouvaient momentanément être négligés, car il était évident qu'ils ne suivraient la baisse des matières qu'avec un très sensible décalage.

A partir de 1930, la crise s'aggrave de jour en jour ; au fur et à mesure que les prix s'effondrent en battant continuellement tous leurs précédents records, la probabilité de nouvelles baisses ne cesse de décroître ; celle d'une hausse, brusque ou progressive, croît ; certains services abandonnent donc les clauses de révision ; mais les fournisseurs vont y trouver un nouvel intérêt ; les paramètres à adopter seraient donc les mêmes que dans la période précédente ; mais ils devraient comprendre les salaires, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un indice général de prix ; des paramètres uniques seraient d'autant moins indiqués que des mouvements en sens inverse peuvent être prévus sur les salaires et les matières.

Mais, en 1933, la situation se transforme encore : la chute volontaire du dollar, les attaques contre les dernières devises fidèles à l'or, le déséquilibre commercial, le déficit budgétaire, les menaces d'inflation généralisée, la crise universelle de défiance et les inquiétudes politiques ramènent en 1933 les craintes de 1925 ; et, depuis mai, les fournisseurs réclament à nouveau des clauses de révision ;

mais la situation est toute différente : la clause-or est moins possible que jamais ; les États-Unis l'ont tuée en juin 1933 et les États qui dévalueront leur monnaie ne manqueront pas de suivre ce fructueux, mais peu honorable exemple ; plus une monnaie étrangère ne peut être considérée comme sûre ; et, comme les causes prévisibles de hausse sont tout à la fois générales et particulières, monétaires et économiques, les indices de prix, ou bien les salaires et les principales matières entrant dans la fabrication, sont préférables à une matière unique.

On le voit, *des règles immuables sont impossibles* : celui qui, se basant sur l'exemple de l'après-guerre, aurait définitivement adopté comme paramètre le quintal de cuivre, le kilo de caoutchouc ou la livre anglaise, eût aggravé les risques et produit des résultats absolument opposés à ceux qu'il recherchait.

Les administrations doivent, sur ce point, réprimer leur besoin général de codification à long terme ; certes, des directives d'ensemble doivent être données, mais elles seront suffisamment souples pour pouvoir s'adapter aux circonstances ; les services centraux ont pour rôle de prendre leur responsabilité concernant les grands traits de la politique à suivre, mais les détails d'exécution seront laissés à l'initiative des subordonnés.

*
* *

Avant de terminer ce chapitre consacré aux clauses automatiques, nous devons examiner un *système de révision très spécial*, entièrement différent de ceux que nous avons rencontrés jusqu'alors, et nous demander s'il convient d'en étendre l'emploi.

Il a été introduit et est surtout utilisé par les *Services d'architecture et des promenades de la Ville de Paris* ; ceux-ci suivaient jusqu'en 1920 les règles générales des marchés de travaux publics, avec une série de prix qui leur était propre ; en 1920, ils ajoutèrent à leur cahier des charges une nouvelle clause maintenant les anciens prix mais limitant l'aléa des entrepreneurs à 15 % des estimations du devis, en hausse comme en baisse ; le surplus était à la charge ou au bénéfice de la Ville. A partir de 1925, la Ville de Paris, qui se servait de sa série de prix datant de 1882, a adopté celle de la Société centrale des architectes avec un système de

révision par coefficients que les Services d'architecture et des promenades définissent aux articles 55 et 56 de leur cahier des charges et surtout à l'article 3 de l'annexe à la nouvelle série de prix ; appliqué depuis 1925, ce système reste spécial à la Ville de Paris ; en dehors d'elle, il semble n'avoir été appliqué que dans un cas particulier, par le service des Travaux maritimes, à propos du marché passé le 27 juin 1929, pour la construction à Brest de la nouvelle École navale ; et, si la Caisse autonome (construction de bâtiments pour le service des Tabacs et celui des Allumettes) et la Compagnie parisienne de distribution d'électricité (construction de galerie de câbles) se réfèrent à la série de la Société centrale des architectes, elles adoptent des systèmes simplifiés, moins perfectionnés que celui de la Ville de Paris.

Contrairement au cas général des contrats de travaux publics, les marchés en cause sont à prix forfaitaire, avec révision d'après les coefficients publiés mensuellement par la Société centrale des architectes et la Société des architectes diplômés par le Gouvernement ; ils fixent :

1° la proportion en millièmes de chaque corps d'état ou spécialité dans l'ensemble de la construction (par exemple béton armé 297 millièmes, plomberie 70 millièmes, etc.) ;

2° la proportions en centièmes des ouvrages principaux composant chaque corps d'état (par exemple pour le béton armé : acier pour fourniture 14 % ; travaux de ferrailage 16 % ; de coffrage 30 % ; de bétonnage et ciments 40 %) ;

3° les éléments de base pour chaque ouvrage principal (par exemple pour l'acier, les 100 kilos ; pour les travaux de ferrailage, l'heure du forgeron, etc.) ;

4° la période d'exécution des ouvrages de chaque corps d'état et, pour chaque mois de cette période, l'indice de fréquence, c'est-à-dire la quantité des ouvrages pouvant être exécutés normalement par ce corps d'état ;

5° la façon dont sont déterminés les coefficients d'augmentation (dits partiels, moyens, moyens généraux).

Tous ces éléments se déduisent exactement du devis préalable sans faire aucune approximation ; la réalité est donc serrée d'aussi près que possible ; les clauses prévoient avec précision ce qui se passera s'il y a changement de série en cours de marché ou s'il y

a retard ; elles distinguent suivant que le retard est dû à un cas de force majeure ou imputable à l'une ou à l'autre des parties ; la complication apparente est très grande mais en réalité le système ne nécessite que peu de travail supplémentaire puisqu'un devis doit être fait en tout état de cause ; une seule difficulté d'application s'est présentée dans la pratique : lors de la crise, l'Administration a reproché à la Société centrale des architectes d'enregistrer les baisses beaucoup plus difficilement que les hausses ; mais c'est là un inconvénient de détail auquel il est très facile de remédier en faisant établir les séries de prix, non par une seule des parties, mais par un organisme mixte ; à part cela, aucune difficulté ne s'est produite et il n'a pas été nécessaire de faire appel à l'arbitrage prévu pour la détermination des coefficients ; en somme, *le système en cause est donc fort intéressant.*

Malheureusement son extension paraît impraticable : car la rédaction d'un devis détaillé est très difficile, sinon impossible à faire pour un marché de fournitures comme cela a lieu pour un marché de travaux publics ; l'administration ne peut compter sur l'aide du fournisseur, qui cherche soigneusement à empêcher tout contrôle de son prix de revient ; et elle n'a que rarement les moyens de faire elle-même des devis détaillés ; le pourrait-elle que le fournisseur refuserait, en signant le marché, de donner son accord à un devis détaillé, quel qu'il soit.

Il faudra donc en général se résigner à suivre la réalité de beaucoup moins près et à augmenter notablement la part du forfait.

*
* *

Deux exigences contradictoires seront habilement conciliées : *le nombre des paramètres doit être réduit à un strict minimum, pour éviter des complications inutiles ; mais leur réduction excessive risque d'augmenter les aléas qu'on voudrait supprimer.*

Les paramètres qui semblent pouvoir être le plus généralement adoptés sont : les salaires ou les indices du prix de la vie d'une part, certaines matières particulières ou l'indice général des prix de gros d'autre part.

Un marché très intéressant à cet égard est celui qui a été approuvé le 24 janvier 1929 par le Métropolitain pour le ballastage et la pose

des voies ; il divise le prix total en $1/10^e$ restant invariable, $2/10^e$ variant proportionnellement à l'index des prix de gros et $7/10^e$ variant proportionnellement à l'index des prix de détail ; c'est là une clause extrêmement simple, peut-être même un peu trop simple.

Les variations de salaires d'une usine à l'autre étant beaucoup plus comparables que les variations des matières les unes par rapport aux autres, le choix exact du paramètre destiné à tenir compte des variations de salaires importe assez peu ; mais l'indice des prix de gros ne semble généralement pas avantageux et on doit lui préférer le choix des principales matières entrant dans la fabrication, tout en réduisant leur nombre autant que possible.

Cependant, répétons-le, il ne s'agit là que de directives générales et les cas particuliers doivent être examinés en tenant compte de tous les éléments en jeu, et principalement des aléas qu'on cherche surtout à restreindre.

CHAPITRE V

De quelques questions se posant à propos des divers marchés révisables

Nous examinerons dans le présent chapitre certaines questions qui se posent, à propos des divers marchés révisables, soit avant la signature du marché, soit pour le calcul de la révision, soit pour son règlement ; nous rencontrerons les unes pour la première fois, nous apporterons à d'autres quelques précisions supplémentaires.

SECTION I

Questions antérieures à la signature du marché

Nous les avons déjà presque toutes rencontrées antérieurement ; nous n'avons plus à parler que de la réversibilité des clauses, de la discussion des offres et des crédits à prévoir.

A. — RÉVERSIBILITÉ DES CLAUSES DE RÉVISION

Les clauses de révision doivent-elles être réversibles, c'est-à-dire s'appliquer aussi bien en cas de hausse qu'en cas de baisse ? Doivent-elles au contraire ne jouer que dans l'une des éventualités

précédentes ? Joueront-elles sur la demande d'une seule des parties, de l'une quelconque d'entre elles ou automatiquement ?

Nous pouvons maintenant répondre à ces questions de façon nette : *les clauses de révision ne sont pas faites pour le profit exclusif de l'un des contractants* ; les fournisseurs en ont demandé l'introduction pour s'éviter une partie des aléas résultant des risques de hausse et la faire passer à la charge de l'État ; l'État y a consenti soit parce qu'il ne pouvait faire autrement soit parce qu'il pensait y trouver un avantage résultant, en définitive, d'un prix total moindre. Quoi qu'il en soit, le fournisseur n'aurait aucune raison valable de vouloir conserver pour lui tous les risques avantageux en se débarrassant des risques désavantageux, de réclamer une plus-value en cas de hausse et de conserver pour lui toute la moins-value en cas de baisse.

Les clauses de révision doivent donc être réversibles ; la marge neutralisée doit être la même dans les deux sens ; toute révision demandée unilatéralement par un seul des contractants doit être proscrite ; une révision exigeant demande expresse de l'une ou l'autre des parties est à écarter ; les clauses entièrement automatiques seules doivent être employées.

L'irréversibilité a souvent été admise pour les clauses de principe ; la hausse seule était alors envisagée, les services de l'État ne pensaient généralement pas à s'assurer le bénéfice d'une baisse éventuelle ; outre les divers marchés à clauses vagues passés pendant et après la guerre, nous pouvons citer à cet égard l'article 33 des Ponts et Chaussées qui ne prévoit de révision qu'en cas de hausse. Les clauses et conditions générales des Ponts et Chaussées du 25 août 1833 prévoyaient (art. 39) la possibilité d'une résiliation sur la demande de l'entrepreneur, « en cas d'augmentation notable des prix » et sur celle de l'Administration, « en cas de diminution notable » ; mais, cette clause ayant donné lieu à des difficultés dans l'application, fut abrogée par le cahier des charges du 16 novembre 1866 qui introduisit l'article 33 encore en vigueur à l'heure actuelle.

Au contraire, toutes les clauses automatiques sont réversibles ; le seul exemple d'irréversibilité partielle est fourni par la Ville de Paris ; ainsi le marché du 28 avril 1921 pour la fourniture et l'entretien de 305 autotombereaux prévoit une révision en cas de

hausse ou de baisse du salaire moyen et du prix de l'essence ; mais le coefficient de majoration est supérieur au coefficient de minoration.

B. — DISCUSSION DES OFFRES

Les marchés par adjudication publique sont attribués au moins-disant, c'est-à-dire au fournisseur qui a fait la moins élevée des offres régulières ; la détermination du moins-disant présente une difficulté spéciale en cas de marché révisable, car *il convient de comparer non seulement les prix mais les pourcentages révisables proposés par les divers soumissionnaires*. Supposons par exemple que, pendant la hausse, un fournisseur A propose un prix strictement forfaitaire et un fournisseur B un prix révisable légèrement inférieur au précédent ; la préférence devra être donnée au premier si la différence des prix est faible, au deuxième si elle est importante ; la comparaison brutale des prix ne suffit plus, et il faut fixer la limite à partir de laquelle l'un devient plus avantageux que l'autre. Ainsi, en période de hausse incontestable, on pourra décider par exemple que la préférence sera donnée à un prix forfaitaire qui ne dépasserait pas le plus faible des prix révisables de plus de :

$$\frac{120 - f}{10} \text{ p. 100}$$

(f étant en centièmes le pourcentage fixe) ; en cas de baisse indiscutable, au contraire, on donnera la préférence au marché révisable, jusqu'à une limite donnée.

De même, il convient de déterminer la conduite à tenir quand le sens des variations futures est incertain et que plusieurs fournisseurs proposent des prix et des pourcentages différents ; la comparaison des offres devient alors difficile ; des instructions d'ensemble précises doivent donc être données aux divers services pour leur permettre de régler sans ambiguïté les différents cas possibles.

La question est beaucoup plus simple dans le cas des marchés de gré à gré ; par exemple, en ce qui les concerne, l'article 35 § 2 des Conditions générales de la Marine précise que « la Marine choisit entre les offres qui lui sont remises celles qui lui apparaissent les plus avantageuses ; elle n'est pas tenue de donner aux concurrents évincés les motifs qui ont conduit au rejet de leurs offres ; le choix ne peut par suite justifier en aucun cas une réclamation

de la part de ces concurrents ». Aucune difficulté ne peut donc surgir ici entre la Marine et les concurrents ; néanmoins, dans ce cas encore, les services doivent être fixés par avance sur la conduite à tenir dans les diverses éventualités possibles.

C. — CRÉDIT NÉCESSAIRE POUR L'EXÉCUTION
D'UN MARCHÉ RÉVISABLE

Le crédit nécessaire pour l'exécution d'un marché quelconque ne peut être exactement déterminé qu'après signature du dit marché ; la somme correspondante inscrite au budget n'a donc qu'une valeur indicative. Cependant, dès la signature d'un marché forfaitaire, l'Administration sait exactement quelles sont les sommes à prévoir pour son exécution ; elle peut donc à tout moment calculer les dépenses engagées et en déduire les crédits restant disponibles. Au contraire, même après signature d'un marché révisable à clauses précises et automatiques, l'Administration ne sait pas à quelles dépenses elle peut être entraînée ; elle ignore à chaque instant le montant de ses engagements et par suite celui des crédits restant disponibles ; si ses prévisions sont dépassées, elle devra réclamer des crédits supplémentaires et le Parlement protestera ; si au contraire elles ne sont pas atteintes, l'Administration peut être obligée de solliciter d'importants reports ; les Commissions des Finances protesteront encore, le Parlement sera enclin à diminuer les crédits de l'année suivante puisque ceux de l'année précédente n'ont pas été dépensés.

Les clauses de révision ne sont donc pas favorables au fonctionnement correct des services et à la bonne gestion des deniers publics ; l'État n'a intérêt à les adopter que si des avantages certains compensent ces inconvénients.

SECTION II

Questions relatives ou calcul de la révision

Nous examinerons successivement comment se répercutent sur les révisions de prix les circonstances suivantes : retards dans la

notification du marché, retards et avances dans les livraisons, sous-commandes, superposition de marchés généraux aux marchés particuliers, plus-values ; nous dirons ensuite quelques mots des questions de secret professionnel posées par les révisions de prix.

A. — NOTIFICATION RETARDÉE

Un marché, bien que signé par le fournisseur et par tous les représentants intéressés de l'Administration (chefs de service, membres d'une commission des marchés, etc.), n'est pas exécutoire tant qu'il n'est pas approuvé et signé par le ministre ou le fonctionnaire délégué par celui-ci (art. 19 du décret du 18.11.82 sur les marchés de l'État). Auparavant il n'y a que des pourparlers ne créant aucune situation juridique contractuelle (C.E., 2.12.25, Société Régina, R., p. 964) (1) ; le marché est non pas nul mais inexistant (2).

« Toute mesure d'exécution préparatoire, antérieure à l'approbation prévue, fut-elle motivée par la brièveté des délais de livraison auxquels la Société avait d'ailleurs souscrit en toute connaissance de cause, ne pouvait être entreprise par le fournisseur qu'à ses risques et périls » (C.E., 16.3.21, Soc. industrielle de Kapok, R., p. 302).

Le fournisseur ne peut donc commander aucune matière, faire exécuter aucun travail avant la notification. En conséquence, à moins de clauses spéciales, c'est du jour de la notification que part l'exécution (3) ; c'est donc ce jour qui doit servir de base à la révision des prix. Aussi les clauses automatiques fixent-elles souvent la date exacte des valeurs de comparaison d'après la date de notification ; les clauses de principe se basent sur les dates de livraison, elles-mêmes fixées d'après la date de notification. Au contraire, les valeurs initiales sont généralement prises à des dates fixes, indépendantes de la notification. En ce cas, pas de difficulté.

Mais, dans d'autres marchés, les valeurs de comparaison sont calculées à dates fixes ou les valeurs initiales à une date dépendant de la notification ; en ce cas, tout retard dans la notification

(1) Jèze, *Théorie générale des contrats de l'adm.*, R.D.P., 1930, p. 125.

(2) Jèze, *ibid.*, p. 130.

(3) Jèze, *ibid.*, p. 305.

fausse les calculs du fournisseur et lui cause un préjudice, si la hausse est importante entre les dates fixes et la livraison dans le premier cas, entre la soumission et la notification dans le deuxième cas. Peut-il se retourner contre l'État, responsable du retard et lui réclamer une indemnité compensatrice ?

L'article 39 des Conditions générales de la Marine, § 1 et 2, prévoit un délai de 9 à 16 jours, suivant les cas, pour la notification mais le § 3 du même article déroge à ces dispositions « lorsqu'il s'agit de fournitures complexes dont l'attribution paraît devoir nécessiter des études techniques consécutives à la réception des soumissions ou une discussion de longue durée ». C'est le cas général pour tous les marchés de l'Artillerie navale et des Constructions navales. L'article 39, § 1 et 2, ne joue donc pas.

Or, en l'absence de clause contraire à cet égard, le Conseil d'État a jugé qu'il n'y avait pas de délai imposé pour l'approbation du contrat par le ministre (14.12.23, Hériot, R., p. 859).

De même le Conseil d'État a refusé une indemnité pour hausse survenue dans la période comprise entre la soumission et la notification lorsque cette période n'excédait pas la durée normale à envisager en pareil cas (13.9.29, Trilles, R., p. 300) ou que le fournisseur n'apportait aucune justification (8.2.28, Société des constructions économiques, R., p. 196).

A contrario, on conclut de ces décisions que le fournisseur peut prétendre à indemnité si la période en cause excède la durée normale ; mais cette indemnité ne peut résulter que de justifications, elle n'est pas automatique. On revient ainsi à toutes les difficultés occasionnées par les clauses vagues.

Pour les éviter, *il convient donc de baser les valeurs initiales sur une date fixe et les valeurs de comparaison sur la date de notification.*

Toute difficulté sera ainsi supprimée pour la partie révisable des marchés.

Mais certains fournisseurs ont été plus loin ; ils ont soutenu que la partie fixe elle-même variait fortement en cas de hausse ; aussi, par lettre du 30 juillet 1926, la Chambre syndicale des fabricants et constructeurs de matériel de guerre demanda-t-elle au ministre de la Marine :

1° que la partie fixe non révisable soit payée le jour même de la notification ;

2° qu'elle soit corrigée automatiquement en la multipliant par le rapport des deux index de prix de gros précédant respectivement et immédiatement le jour du paiement effectif et celui de la remise de l'offre.

Ces propositions, qui tendaient à rendre révisable la partie fixe elle-même, furent à juste titre repoussées par la Marine.

B. — LIVRAISONS RETARDÉES

La bonne marche des services publics exige que les marchés soient exécutés de façon rigoureusement exacte : tout retard est préjudiciable à l'État, soit qu'il empêche certaines recettes, soit qu'il entraîne certaines dépenses soit qu'il nuise à l'exécution de certains programmes ; ainsi un retard dans la livraison de matériel téléphonique empêche la perception de taxes versées par les usagers ; un retard dans la réparation d'un bâtiment peut entraîner des dégâts au matériel qui y est contenu ; un retard dans la livraison d'une chaudière repousse à plus tard la mise en service du navire correspondant ; un retard dans une fabrication d'obus peut, en temps de guerre, avoir des conséquences désastreuses.

Il est donc indispensable que les marchés fixent une date de livraison et la fassent respecter par des sanctions sévères, en particulier par des pénalités. Malgré cela, les fournitures sont livrées en retard dans la majorité des cas. Quelle est l'influence d'un retard sur la révision de prix ? En quoi les pénalités influent-elles sur la révision et la révision sur les pénalités ? Telles sont les trois questions que nous examinerons successivement.

a) Influence du retard sur la révision

Trois cas sont à distinguer suivant que le retard est à la charge du fournisseur, est dû à un cas de force majeure ou à un fait de l'État lui-même.

1. *Le retard est à la charge du fournisseur. — Le fournisseur en retard est par cela même en demeure, donc responsable des cas fortuits* (art. 1138, 1139, 1302 du Code civil) ; *il doit supporter les conséquences de sa faute. Donc :*

1° Si le marché ne comporte aucune clause de révision, les

accroissements de dépenses résultant du retard ne peuvent être invoqués par lui (C.E., 23.3.27, Travaux publics c. Michon, R., p. 385) ; il ne peut s'en prendre qu'à lui-même si, par suite des retards dont il s'est rendu coupable, il a exécuté son marché à une époque où il était devenu plus onéreux (C.E., 3.8.27, Soc. intern. d'éclairage par le gaz d'huile, R., p. 919 ; 28.6.22, Phares Ducellier, R., p. 557) ; enfin, si la hausse s'est accentuée postérieurement au délai de livraison, seule la période contractuelle doit entrer en ligne de compte pour la recherche de l'imprévision (C.E., 3.12.20, Fromassol, R., p. 1036) ; les dépenses faites dans la période extracontractuelle (1) doivent être ramenées à l'intérieur de la période contractuelle ; au contraire, si la hausse s'est atténuée après la date contractuelle de livraison, seules les dépenses réelles dans la période extracontractuelle peuvent entrer en ligne de compte.

2° Si le marché contient une clause de principe admettant la révision, les solutions sont analogues aux précédentes, qu'elles soient précisées dans le marché (Marine, P.-L.-M.) ou non ; dans tous les cas, il faut donc considérer les dates exactes s'il y a eu baisse et la période contractuelle s'il y a eu hausse : nous avons vu en détail comment les dépenses réelles peuvent se ramener à l'intérieur de la période contractuelle et quels délicats problèmes sont soulevés par cette transformation (ch. III, sect. IV).

3° Si le marché comporte des clauses automatiques, il y a convention forfaitaire sur laquelle le retard est sans influence. Exceptionnellement, quelques clauses automatiques adoptent la règle que nous devons d'exposer pour les clauses de principe : la date de comparaison est celle des deux dates de livraison, contractuelle et réelle, qui conduit à la révision la plus faible : cette règle, introduite en particulier par les chemins de fer de l'Est pour leurs marchés de locomotives, ne change pas le caractère automatique des clauses correspondantes.

2. *Le retard est dû à un cas de force majeure.* — Le fournisseur ne doit pas être lésé par des circonstances entièrement indépen-

(1) Dans le présent chapitre, nous désignons par période extracontractuelle celle qui est postérieure aux délais de livraison fixés par le marché ; il convient de ne pas la confondre avec la période extracontractuelle, au sens employé par le Conseil d'État dans ses arrêts sur l'imprévision.

dantes de sa volonté et sur lesquelles il était incapable d'agir. *Tout se passe comme si la période contractuelle avait été prolongée d'une durée correspondant au retard pour cas de force majeure.* Donc :

1^o Si le marché ne comporte aucune clause de révision, l'imprévision se détermine d'après les dates réelles de livraison.

2^o Si le marché comporte une clause de principe, la révision doit être basée sur les dépenses réellement effectuées.

3^o Si le marché comporte des clauses automatiques, il y a ici encore une convention forfaitaire sur laquelle le retard est sans influence.

3. *Le retard est dû à un fait de l'Etat.* — Il y a faute contractuelle de la part de l'État ; par conséquent, *le fournisseur peut réclamer des dommages-intérêts* ; la question posée n'est plus alors à proprement parler une révision de prix, mais l'attribution de dommages-intérêts ; nous n'insisterons donc pas sur ce point ; disons seulement qu'ici l'intégralité du prejudice devra être réparée, sans qu'une partie en soit laissée à la charge du fournisseur comme aléa normal ; les dommages-intérêts comprendront toute la plus-value s'il n'y a pas clause de révision, la différence entre la plus-value accordée pour révision et la plus-value totale s'il y a clause de révision. Le montant de la plus-value causée par le retard doit être prouvé par le fournisseur avec toutes justifications nécessaires (C.E., 19.12.28, Sieurs Loup et fils, R., p. 1326).

Pour que le retard soit attribué à l'État, il ne suffit naturellement pas qu'il résulte d'un fait de guerre, il faut qu'il soit la *conséquence directe d'une mesure prise par l'Etat* ; le cas s'est fréquemment produit pendant la guerre ; par exemple, un service, n'ayant plus besoin d'une commande, prescrivait la suspension du marché puis, ultérieurement, la reprise de celui-ci ; ou bien l'Administration imposait au fournisseur des prorogations de délai de livraison pour une cause quelconque (encombrement des magasins par exemple). Dans ces deux cas, un acte additionnel réglait généralement les conditions de la reprise du travail ; si cet acte additionnel acceptait sans conditions ni réserves les nombreux délais fixés, « le fournisseur renonçait par cela même à se prévaloir à l'encontre de l'administration des difficultés de fabrication et de livraison qui pouvaient résulter pour lui des modifications apportées aux

dispositions de son marché ; s'il avait estimé que l'ouverture des hostilités survenue en cours d'exécution de son contrat était de nature à modifier profondément les conditions dans lesquelles cette convention devait son plein et entier effet, il avait la faculté de demander soit la résiliation de son contrat soit une indemnité équitable » (C.E., 27.3.20, Dupuy-Chautard, R., p. 371). Le plus souvent d'ailleurs, l'acte additionnel fixe, tout au moins dans les grandes lignes, l'indemnité à accorder au fournisseur. Le Conseil d'État a jugé, à propos de la reprise de construction du torpilleur d'escadre *Enseigne Gabolde*, que le fournisseur « était fondé à demander à être indemnisé de l'intégralité du surcroît de charges qu'a entraîné pour lui la prolongation des travaux..., y compris le surcroît de charges financières non couvertes par les frais généraux d'atelier et par ceux d'administration... » mais à condition « que ces dépenses n'aient pas été inutilement exposées par suite de fautes commises par la Société dans l'organisation de ses chantiers ou la conduite de ses travaux » (C.E., 29.10.26, Chantiers Normand, R., p. 914 ; 14.5.30, *id.*, R., p. 499).

Une question importante a été soulevée à propos des marchés interrompus pendant la guerre ; la Marine, qui indemnisait les fournisseurs de tous leurs frais supplémentaires, leur refusait la majoration du bénéfice compris dans le prix forfaitaire. La Chambre syndicale des Constructeurs de navires et de machines marines protesta vivement contre cette habitude dans une lettre au ministre datée du 2 mai 1919 : « Il nous paraît contraire à la logique, affirme-t-elle, que le fait de la guerre supprime au bénéfice sa caractéristique essentielle qui est d'être fonction de la valeur marchande de la fourniture. Or tout a subi une majoration considérable : matières, main-d'œuvre, frais généraux, amortissements, renouvellements d'outillage, du fait que la puissance d'achat de l'unité monétaire n'a pas gardé la fixité que lui impose la thèse de la C.C.M.I. Enfin les aléas de toute sorte, qui ne peuvent être couverts que par un prélèvement éventuel sur le bénéfice escompté, subissent eux aussi l'effet de l'élévation commune... Donc le bénéfice doit rester proportionnel à l'ensemble ».

La Chambre syndicale soutient ensuite que la loi Failliot doit s'appliquer entre la Marine et le fournisseur (ce qui est inexact,

v. ch. I, sect. I, c, b) et en tous cas entre le fournisseur et les sous-traitants ; « or il n'est pas douteux que ceux-ci exigeront la résiliation, s'ils n'obtiennent pas une révision tenant compte de tous les éléments ci-dessus. Le fournisseur devrait vis-à-vis de la Marine invoquer la force majeure et demander la résiliation de la convention principale ». La Chambre syndicale affirme donc que l'invariabilité du bénéfice ne peut être mise en doute et attire l'attention du ministre sur « la gravité de la question ».

Or ladite question a été depuis formellement réglée par le Conseil d'État, qui a refusé d'accorder la majoration dite « pour bénéfices sur plus-values » (C.E., 14 mai 1930, Chantiers Normand, R., p. 499) ; donc, *même lorsqu'il y a dommages-intérêts, le bénéfice ne saurait augmenter.*

Les clauses automatiques prévoient parfois que les retards dus à l'acheteur ou à un cas de force majeure seront neutralisés (Gaz de Paris) ou que les dates de comparaison seront alors révisées d'un commun accord (Marine) ; la première de ces deux formules est supérieure à la deuxième parce que ne laissant plus place à discussion ultérieure.

b) Influence des pénalités sur la révision

Nous venons de voir que les solutions à adopter différaient profondément suivant que le retard est dû au fournisseur, à un cas de force majeure ou au fait de l'Administration. L'influence du retard sur la révision dépend donc de l'imputabilité du retard ; or cette dernière question est forcément étudiée à propos des sanctions prévues pour retard et en particulier des pénalités.

Nous laisserons de côté trois de ces sanctions :

la résiliation qui comporte indemnité et non pas révision ;

l'achat aux frais et risques, dit parfois marché d'urgence, qui met à la charge du retardataire le montant du nouveau marché et reporte sur celui-ci le problème de la révision ;

l'application des articles 430 à 433 du Code pénal qui établit contre les retardataires des sanctions pénales très sévères, mais n'a rien à voir avec le règlement pécuniaire.

D'ailleurs ces trois sanctions ne sont qu'exceptionnellement appliquées. Seule la quatrième sanction, qui est pratiquement appli-

quée à la plupart des marchés administratifs, a une influence directe sur la révision ; car *l'examen des demandes d'exonération de pénalités suppose essentiellement la recherche de l'imputabilité des retards.*

Rappelons les caractéristiques essentielles des pénalités (1) :

1° Elles sont légales, conformes aux articles 1226 à 1233 du Code civil (C.E., 5.2.19, Lévy, R., p. 119) et d'ailleurs prévues en détail par presque tous les cahiers des charges.

2° Elles ne sont applicables qu'après mise en demeure (art. 1139, 1146, 1230 C. civ.) ; la simple fixation du montant des pénalités dans le marché ne dispense pas de mise en demeure (C.E., 12.12.29, Soc. d'entreprises générales Léon Grosse, R., p. 1101) ; mais les cahiers des charges spécifient le plus souvent, implicitement ou explicitement, que le fournisseur est mis en demeure par la seule échéance du terme ; d'autre part, la mise en demeure peut résulter de l'ensemble des clauses du marché, de l'époque à laquelle il a été passé (guerre), de son objet (besoins de guerre urgents), du montant des pénalités, etc. (C.E., 5.2.19, Lévy, R., p. 119 ; 12.3.19, Épargne française, R., p. 246 ; 31.12.19, Léonard, R., p. 969 ; 12.7.20, Hailot-Delcourt, R., p. 695 ; 27.3.20, Chalos, etc.).

3° *La pénalité est assimilable à la clause pénale du droit civil* ; son but est de simplifier les relations entre les parties en évitant toute recherche de préjudice causé et fixant forfaitairement les dommages-intérêts à allouer.

4° *Elle ne nécessite d'ailleurs pas l'existence d'un préjudice* (2) ; à plus forte raison, le fournisseur ne peut-il pas soutenir que la pénalité excède le dommage causé (C.E., 20.1.53, Marcin, R., p. 142). Ce caractère de la pénalité l'assimile formellement aux clauses

(1) Voir Jèze, Rapport du 28 mai 1918 au ministre de l'Armement ;— Jèze, *La théorie de l'imprévision et les pénalités* (notes de jurisprudence), R.D.P., 1928 ; — André Bosc, *Le régime des pénalités dans les marchés administratifs*, Giard, 1921 ; — Léon Duffaud, *Les pénalités dans les marchés de fournitures*, thèse, Paris, 1931 ; — Tétreau, *Des marchés de fournitures*, Paul Dupont, 1921, p. 260 et suiv.

(2) Rapport général de la Commission extraparlamentaire Boulanger sur les marchés de l'État 1895.— C. E. 20.1.50, Marcin et Craisson ; 7.2.73, Fontanel ; 3.7.12, Schneider ; 3.7.12, Montbard ; 23.4.13, Bouhey ; 3.12.20, Fromassol ; 7.12.21, Weill ; 11.1.22, Sautter Harlé ; 21.6.22, Gourdy ; 28.6.22, Saint-Pé ; 13.6.23, Millot ; 5.1.24, Olivier et Desbordes ; 9.8.24, Canat ; 9.8.24, Sarrade ; 28.1.25, Soc. ind. foncière ; 1.7.25, Min. Guerre ; 11.12.25, Ét. Paulin ; 9.3.28, Scieries africaines.

pénales prévues par les articles 1226 à 1233 du Code civil car, malgré le texte de l'article 1229, il est admis que la clause pénale est forfaitaire et par conséquent est due en l'absence même de tout dommage (1).

5° Les pénalités sont parfois fixées par le marché ; sinon, les Conditions générales les déterminent en pourcentages du prix de l'objet correspondant.

6° Leur valeur est habituellement progressive ; ainsi, pour la Marine (art. 67 des C.G.), elles doublent à partir du 61^e jour et quadruplent à partir du 121^e.

7° Le montant total des pénalités est habituellement limité (10 % du prix total à la Guerre, 20 % à la Marine, 10 % par les nouvelles Conditions communes à la Guerre, à la Marine et à l'Air, etc.) ; mais en l'absence de toute clause limitative et de toute référence aux Conditions générales, les pénalités peuvent dépasser le maximum fixé (C.E., 12.7.20, Haillot-Delcourt, R., p. 695).

8° Enfin *la pénalité n'est pas due si le retard est imputable à l'Administration ou à des événements de force majeure* ; la seule imprévision ne constitue pas un motif d'exonération ; les arrêts sur ces deux points sont si nombreux que toute énumération en est impossible ; citons seulement les très intéressantes conclusions de M. Latournerie, commissaire du gouvernement, dans l'affaire des Scieries africaines (D.P. 30.3.13).

Les avantages certains des pénalités sont analysés dans le rapport fait par M. Jèze au ministre de l'Armement le 28 mai 1918.

La huitième caractéristique citée ci-dessus nous intéresse particulièrement, car les trois cas d'imputabilité qu'elle envisage sont exactement ceux que nous avons exposés à propos de la révision ; on ne peut donc déclarer qu'il y a retard dû au fournisseur en ce qui concerne les pénalités et retard causé par un événement de force majeure en ce qui concerne la révision ; la même solution s'impose dans les deux cas.

La question des retards doit donc être réglée en une seule fois ; elle l'est naturellement quand l'Administration examine la demande

(1) Voir arrêts de la Cour d'Alexandrie, 13 mai 1924 et 18 mars 1925, D. 1927.2.77, note de M. Wagner ; — Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil*, 255.

d'exonération de pénalités formulée par le fournisseur ou quand le Conseil d'État tranche le litige soulevé à ce sujet ; *la décision prise relativement aux pénalités s'applique obligatoirement à la révision* ; la liaison entre les deux problèmes a été nettement formulée par le Conseil d'État (3.12.20, Fromassol, R., p. 1036 et conclusions du commissaire du gouvernement Latournerie, D.P. 30.3.13). Le classement de l'affaire examinée dans une des trois catégories exposées ci-dessus (retard dû au fournisseur, à la force majeure, à l'Administration) résulte donc de la décision prise à propos des pénalités.

La preuve de la force majeure ou de la faute contractuelle incombe au fournisseur ; quand elle est admise, les pénalités disparaissent et la période contractuelle est prolongée d'autant, ce qui influe sur la révision dans les cas où il n'y a pas clauses automatiques. Mais il faut pour cela que l'exonération résulte bien d'une force majeure ou d'une faute contractuelle, comme l'exige la jurisprudence du Conseil d'État, et comme le recommandent généralement les auteurs ; cependant, les ministres accordent fréquemment des exonérations basées sur des motifs autres que la force majeure et la faute contractuelle, des exonérations qui, parfois, ne sont nullement motivées et ne peuvent s'expliquer que comme mesures de bienveillance, sinon par des « interventions politiciennes » (1) ; M. Jèze dans son rapport au ministre de l'Armement en date du 28 mai 1918, M. Bosc dans l'opuscule que nous venons de citer s'élèvent avec vigueur contre ces errements qu'ils estiment préjudiciables aux intérêts de l'État, contraires aux principes généraux du droit administratif et nettement illégaux ; la Cour des comptes a souvent exprimé le même avis (rapports sur les exercices 1893, p. 80 et suiv. ; id., p. 84 et suiv. ; 1905, p. 11 et 116 ; 1907, p. 10, 70 et suiv.) ; le Conseil d'État, qui ne se reconnaît pas le droit de critiquer les actes de l'Administration, se contente de considérer souvent que celle-ci s'est montrée « très bienveillante » ; citons cependant les arrêts des 18 mai 1878 (Banque de France, R., p. 477) et 17 mars 1893 (compagnies du Nord et de l'Est) et les conclusions des commissaires du gouvernement Romieu dans la dernière affaire citée (*Gazette des Tribunaux*, 19 mars 1893) et Marguerie dans l'affaire Chavassien (24.2.88, R., p. 180). Cependant, malgré toutes

(1) Bosc, *Le régime des pénalités dans les marchés administratifs*, p. 12 à 13.

ces opinions concordantes, la thèse inverse (1) est fréquemment soutenue et appliquée par l'Administration ; dans ce cas, il est indubitable que *l'exonération des pénalités par bienveillance administrative ne peut réagir sur la révision* ; seule l'exonération pour force majeure ou faute contractuelle doit être prise en considération.

D'autre part, une exonération de pénalités pour cas de force majeure ne peut entraîner de révision sur un prix forfaitaire : les constructeurs des torpilleurs *Orage*, *Ouragan* et *Le Mars* réclamaient le remboursement des primes d'assurances qu'ils avaient dû acquitter pour ces bâtiments entre les dates de livraison contractuelles et les dates de livraison reportées en tenant compte des causes de retard assimilables à des cas de force majeure ; le ministre refusa (D.M. 197 C.N.3 du 30.4.28) parce que le marché indiquait expressément dans le prix forfaitaire les frais d'assurance jusqu'à la recette définitive, alors que les clauses de révision concernaient uniquement les salaires et frais généraux correspondants et certaines matières bien déterminées. Seule l'exonération pour faute de l'État peut faire réviser un prix forfaitaire.

En résumé, *une révision sans clauses ou avec clauses de principe ne peut être réglée tant que la question des pénalités reste en suspens* ; l'examen de cette dernière dure parfois des années, ce qui retarde d'autant le règlement des révisions.

Ces retards proviennent souvent du peu d'empressement que mettent les fournisseurs à présenter leurs justifications ; ils résultent parfois du temps exagéré que passe l'Administration à examiner ces dernières ; parfois enfin, ils sont dus à la lenteur de la procédure devant le Conseil d'État. Quoi qu'il en soit, ils sont préjudiciables au fournisseur et nous avons vu que le montant des révisions finissait par s'amenuiser très sensiblement par le seul fait des pertes d'intérêt pendant plusieurs années.

Aussi l'Administration accorde-t-elle parfois des acomptes sur révision, en attendant par exemple le résultat d'un pourvoi devant le Conseil d'État ; mais la reconnaissance provisoire d'une date de livraison pour le calcul de la révision ne peut influencer en rien

(1) Pour sa défense, voir Duffaud, thèse, Paris, 1931, p. 106 à 114.

les discussions qui se poursuivent au sujet des pénalités; d'autre part, le versement de ces acomptes n'est pas un droit pour le fournisseur; celui-ci ne peut ni réclamer un paiement pour la partie de la révision qui n'est pas contestée, ni exiger un règlement provisoire « réservant ses droits éventuels à une nouvelle révision des prix au cas où le pourvoi relatif aux pénalités pour retard qu'il a introduit devant le Conseil d'État serait accueilli » (C.E., 3.2.28, Chantiers de Bretagne, R., p. 172).

c) Influence de la révision sur les pénalités

Si le montant des pénalités est fixé en francs par le marché, la révision n'a sur lui aucune influence; mais s'il est fixé proportionnellement au prix de la fourniture, comme cela arrive en particulier lorsque le marché se réfère seulement aux Conditions générales, la question se pose de savoir si ce prix est le prix net inscrit au marché ou s'il doit tenir compte des révisions.

La lettre 307 C.N.3 du 30 mars 1928 répond à propos du torpilleur *Orage*: « Le prix servant de base au calcul des pénalités ne saurait être autre que celui auquel doit être finalement payé le bâtiment tel que ce dernier est spécifié au marché (exception faite par conséquent des travaux supplémentaires). Or ce prix est défini par deux éléments forfaitaires indissolublement liés: d'une part, le prix provisoirement chiffré; d'autre part, le supplément ou la réduction de prix résultant de l'application de la clause de révision inscrite au contrat ».

Mais les constructeurs prétendaient qu'en tous cas cette règle ne pouvait s'appliquer aux marchés du programme naval (tranche de 1922) pour lesquels la révision s'était finalement traduite par un pourcentage forfaitaire appliqué au prix de la fourniture (chap. III, section VIII): « A aucun moment de la discussion, disaient-ils, il n'a été question de modifier les pénalités; les chiffres sur lesquels l'entente a été réalisée ne tiennent pas compte d'une telle éventualité. L'augmentation des pénalités réduirait encore le bénéfice qui nous est concédé ».

Après discussion entre les constructeurs et la Marine et entre les divers services de la Marine les uns avec les autres, le sous-secrétaire d'État, par D.M. 138 C.N.3 du 2 décembre 1929, main-

tint la position antérieure du département : *la pénalité est calculée sur la valeur de la chose due ; elle doit donc tenir compte de la révision* ; la question n'a été envisagée ni dans un sens ni dans l'autre lors des pourparlers concernant la tranche 1922, les principes généraux doivent donc s'appliquer ; d'autre part, il n'y a pas lieu de se préoccuper de la répercussion de la pénalité sur le bénéfice puisque son origine est la faute du fournisseur.

Les nouvelles Conditions générales communes à la Guerre, à la Marine et à l'Air précisent que « les pénalités sont toujours calculées sur les prix résultant du marché indépendamment de toute prime ou réfaction » ; « le prix résultant du marché » étant composé d'une partie fixe et d'une partie variable, il semble donc que la position traditionnelle de la Marine sur ce sujet, encore affirmée par circulaire 216 bis C.N.3 du 22 mars 1930, ne doive pas être modifiée.

Naturellement, en cas de révision par minoration des prix, la pénalité doit être calculée sur le prix forfaitaire diminué de la moins-value.

Donc, dans un cas comme dans l'autre, le montant de la pénalité ne peut être déterminé qu'après règlement de la révision.

* * *

La révision dépendant des pénalités et les pénalités dépendant de la révision, il ne faudrait pas croire qu'il y ait là une sorte de cercle vicieux. En réalité, les choses se passent de la façon suivante : la première question à régler est celle des pénalités ; si le fournisseur les accepte, elles sont définitives ; sinon, il présente une demande d'exonération, avec toutes les justifications nécessaires ; cette demande est examinée par l'Administration, puis discutée entre elle et le fournisseur ; si aucun accord n'est possible, le fournisseur soumet parfois le litige au Conseil d'État ; la question reste en suspens tant que la Haute Assemblée ne s'est pas prononcée. De toutes façons, un jour ou l'autre, la question du nombre de jours pénalisables est réglée, et avec elle celle de l'imputabilité des retards ; la solution qui lui est donnée réagit sur le calcul de la révision. dans les conditions que nous avons exposées ci-dessus. Le quantum de la révision est ainsi déterminé ; c'est

alors seulement que peut être fixée la valeur des pénalités, par rapport au prix total.

Ainsi la question des pénalités se retrouve au début et à la fin du règlement, après avoir fait un crochet jusqu'à celle de la révision ; il n'y a là aucun cercle vicieux.

C. — LIVRAISONS ANTICIPÉES

A première vue, la question des livraisons anticipées paraît exactement symétrique de celle des livraisons retardées ; en réalité, il n'en est rien, comme nous allons le voir en examinant en détail les divers cas qui peuvent se présenter.

a) Clauses de principe

Les clauses de principe basent la révision sur la dépense réelle ; si donc la fourniture est livrée en avance, il n'y a aucune raison pour faire intervenir les dates contractuelles ; la révision ne doit tenir compte que des dépenses réellement effectuées, qu'il y ait eu hausse ou baisse. Aucune difficulté ne se présente.

Au contraire, en cas de livraisons retardées, nous avons vu que la solution était différente suivant qu'il y avait hausse ou baisse.

b) Clauses automatiques prévoyant la révision à des dates fixes ou à des dates dépendant de la notification

Ces deux cas se ramènent à un seul à partir de la notification, qui devient à ce moment une date fixe.

Le marché est alors très net ; il fixe forfaitairement les dates de la révision, il doit être appliqué qu'il y ait avance, livraison exacte ou retard, qu'il y ait hausse ou qu'il y ait baisse ; ce sont là des considérations qui n'ont nullement à intervenir. Le contrat est devenu la loi des parties.

La Marine a pris en sens inverse deux décisions qui nous paraissent critiquables.

Tout d'abord, la Circonscription de la Surveillance de Paris a fait remarquer le 10 décembre 1923 que les paiements pouvaient être retardés de plusieurs mois en cas d'avance ; en effet, les fac-

tures de révision ne peuvent être établies qu'une fois connus les cours des matières et les taux des salaires aux dates de comparaison et celles-ci s'étendent jusqu'à la livraison contractuelle ; le fournisseur, qui attend plusieurs mois le remboursement de ses avances, est lésé ; la Circonscription de Paris demandait donc que la révision fût basée non plus sur la date d'exigibilité mais sur la date réelle de livraison. Le ministre, considérant que la Marine avait le plus grand intérêt à la livraison rapide du matériel, considérant aussi que les commandes présentées en avance l'étaient toujours à la demande de la Marine, approuva ces propositions par D.M. 55 C.N.3 du 10 février 1927.

Cette décision nous semble constituer une erreur : *il n'y a pas à considérer l'intérêt de la Marine ou celui du fournisseur, mais seulement les termes indiscutables du marché* ; d'ailleurs, l'intérêt de chacune des parties à l'une ou l'autre date différerait suivant qu'il y a hausse ou baisse ; enfin le retard dans les paiements, invoqué comme motif par le ministre, peut être facilement corrigé : il suffit pour cela soit de payer au fournisseur des intérêts moratoires, soit, plus simplement, d'effectuer un paiement provisoire avec révision approchée basée sur les derniers chiffres connus.

La deuxième décision a été prise à propos d'un marché du 30 mars 1927, passé avec les Établissements Schneider ; les appareils de visée constituant la fourniture furent livrés en mars 1928 alors que les salaires de comparaison s'étendaient jusqu'à novembre 1928. Le fournisseur fit savoir à la Marine que la révision aux dates fixées par le marché se montait à 4.300 francs ; la Marine répondit qu'avant mars 1928, les salaires n'avaient pas varié de plus de 5 % par rapport à leurs valeurs initiales et que par conséquent il n'y avait pas lieu à révision. « Le marché, répondit le fournisseur, prévoit des dates fixes pour la révision, sans aucune réserve pour avance ou retard, et le calcul, qui se trouve être à notre avantage, aurait aussi bien pu jouer contre nous ». Le ministre répondit (4703 Art. 2 du 5.6.29) qu'il convenait de rechercher quelle a été l'intention des parties contractantes. « Il est hors de doute, ajoutait-il, que la clause de révision a été inscrite dans ce contrat comme dans tous les autres pour couvrir le fournisseur des dépenses supplémentaires qu'il a supportées. En aucun cas, il n'a été dans la pensée des rédacteurs du marché ni de ses signataires que la clause de révi-

sion pût être la source de bénéfices gratuits pour le fournisseur... Si le contraire s'était produit, la révision vous aurait été accordée, alors même que la hausse des salaires ne se serait pas maintenue pendant les huit mois précédant les dates d'exigibilité. L'article 10 § 5 des Conditions générales autorise en effet les fournisseurs à devancer les délais de livraison, sauf dispositions contraires de leurs contrats. Les fournisseurs doivent pouvoir, en conséquence, demander l'application de la clause de révision de prix, quand elle existe, pour se faire rembourser les dépenses supplémentaires qui leur ont réellement été imposées par la hausse des salaires, au cours de la fabrication d'appareils présentés avec avance. Pour tous ces motifs, je suis donc dans l'impossibilité d'accueillir votre demande ». Or tous ces motifs nous paraissent erronés, parce que résultant d'une confusion entre les clauses de principe et les clauses automatiques : les premières ont bien pour but de rembourser les dépenses supplémentaires réelles ; elles permettent par conséquent d'invoquer l'autorisation de livrer en avance ; les secondes ne tiennent aucun compte des dépenses réelles et les remplacent par des dépenses fixées forfaitairement de façon définitive ; *le calcul forfaitaire sera plus avantageux que le calcul réel pour l'une des parties, moins avantageux pour l'autre, peu importe* ; la lettre des marchés est formelle ; en outre, les contractants ont eu la volonté certaine de remplacer, pour raison de simplification, la réalité par un forfait. Enfin, il est quelque peu paradoxal de refuser au fournisseur une indemnité que le contrat lui reconnaît formellement, sous prétexte qu'il a devancé la livraison pour rendre service à la Marine.

Si l'État désire que la révision soit modifiée en cas de livraison anticipée, il doit le dire dans le contrat ; nous allons maintenant examiner ce dernier cas.

*c) Clauses automatiques prévoyant formellement
le cas des livraisons anticipées*

De nombreux marchés de l'Artillerie navale, après avoir donné la formule de révision, précisent que « S (valeur de comparaison) est le salaire moyen pendant le mois du calendrier dans lequel tombe le 60^e jour précédant la date de présentation en recette en usine de l'élément considéré, et, au plus tard, le 60^e jour précédant

la date d'expiration du délai fixé pour la présentation en recette technique ».

Ainsi la révision est avancée en cas de livraison anticipée ; elle n'est pas retardée en cas de livraison retardée. La clause précédente est très nette ; elle permet de baser la révision sur des dates voisines des dates réelles, sans nécessiter le recours à des arguments plus que contestables.

Mais elle ne nous paraît pas logique. En effet, les salaires n'ont pas cessé d'augmenter dans la métallurgie jusqu'en 1932 ; le fournisseur qui livre en avance est donc défavorisé ; si, pour un prétexte quelconque, il avait reculé la présentation en recette jusqu'à la date contractuelle, il aurait bénéficié d'une révision plus importante ; il a rendu service à la Marine en livrant en avance, il en est pénalisé. Il a donc tout intérêt à laisser sa fourniture dans un coin de l'atelier pour ne la présenter qu'à la date contractuelle exacte. Aussi la clause susvisée tendrait-elle à empêcher les fournisseurs de devancer les délais contractuels.

Or, si les livraisons anticipées ne sont, sauf exception, récompensées par aucune prime, elles sont généralement avantageuses pour la Marine ; les utilisateurs désirent que, le plus tôt possible, les navires puissent être mis en service avec leur armement au complet ; fréquemment, le Département demande aux fournisseurs que les délais contractuels soient, si possible, devancés, pour tout ce qui concerne le programme naval.

Plus illogique encore est la clause adoptée par les chemins de fer de l'Est, et qui base la révision sur le moins élevé des deux taux, contractuel et réel, car elle pénalise le fournisseur dans tous les cas, qu'il y ait baisse ou hausse ; elle l'incite donc à ne pas livrer en avance, alors que les marchés de locomotives, qui la contiennent, récompensent au contraire par une prime toute journée gagnée sur les délais contractuels.

Pour remédier à ces inconvénients, la Sous-inspection des fabrications d'Artillerie navale du Creusot proposa que la révision soit basée sur les dates contractuelles, mais qu'en outre le marché contienne la clause suivante : « La date effective de présentation en recette sera substituée à la date contractuelle sur notre demande si la livraison est anticipée, sur la demande de la Marine si elle est retardée ».

De la sorte, la Marine conserverait le bénéfice d'une livraison anticipée, mais paierait cet avantage en effectuant la révision sur le plus élevé des deux taux, réel et contractuel ; au contraire, en cas de retard, la révision serait effectuée sur le plus bas des deux taux.

On aurait ainsi rétabli une symétrie absolue entre les deux cas. *Les modalités de la révision constitueraient en somme une prime en cas d'avance, une pénalité supplémentaire en cas de retard.*

D. — SOUS-COMMANDES

A moins d'indications contraires dans les marchés, les titulaires peuvent sous-commander tout ou partie de la fourniture, mais l'État se réserve le droit d'agréer les sous-traitants.

Si un sous-traitant n'est pas agréé par l'État, le travail exécuté chez lui ne peut jamais donner lieu à révision (24.3.20, Eugster, R., p. 316).

S'il est agréé, trois cas sont à distinguer :

1° S'il n'y a pas de clause de révision, le fait d'avoir sous-traité n'empêche pas d'invoquer l'imprévision, lorsque le Conseil d'État en reconnaît les conditions (19.2.25, Soc. ind. des parquets de chêne, R., p. 194 ; 26.3.25, Soc. élec. vallée Rhône, R., p. 344).

2° Si le marché comporte une clause admettant le principe de la révision, celle-ci, en l'absence de toute disposition contraire, s'applique aux fournisseurs agréés (14.3.28, Sagné et C^{ie}, R., p. 358) ; mais les clauses employées limitent le plus souvent la révision au fournisseur principal et à quelques sous-traitants nommément désignés ; dans ce cas, toute révision est exclue pour les fournisseurs non cités.

3° Les clauses automatiques, représentant un forfait, s'appliquent de la même façon que la fourniture soit entièrement exécutée par le titulaire, partiellement ou même entièrement cédée à des sous-traitants.

E. — SUPERPOSITION DE MARCHÉS GÉNÉRAUX AUX MARCHÉS PARTICULIERS

Les marchés généraux, dit l'article 102 de l'Instruction générale du 8 avril 1921, sont les marchés passés pour tous les services inté-

ressés du Département ou pour un ou plusieurs services dans tous les ports ; ils concernent soit des objets d'usage courant soit des appareils spécialisés, les uns et les autres utiles à tous les services ou à tous les ports ; il ne serait pas indiqué de les laisser commander séparément par chaque port ; la Marine peut obtenir des prix plus avantageux en les commandant en grande série ; en outre, le travail de préparation des marchés est simplifié de ce fait.

Les mêmes raisons conduisent à prévoir que les livraisons sur marchés généraux seront faites non seulement aux services mais aussi aux fournisseurs de la Marine ; car, si le fournisseur peut s'approvisionner à meilleur compte, la Marine en bénéficiera. Certains marchés généraux spécifient donc que des commandes aux prix fixés pourront être faites par les fournisseurs de la Marine ; les marchés particuliers passés avec ces fournisseurs prévoient de même que les commandes de certaines matières seront faites par eux aux titulaires des marchés généraux. C'est ainsi que les constructeurs de navires commandent une partie de l'appareillage électrique aux fournisseurs chargés, par des marchés généraux, de livrer cet appareillage aux divers services de la Marine.

Quand il y a ainsi superposition de marchés généraux aux marchés particuliers, comment doit être évaluée la révision du marché particulier ?

Tout d'abord, lorsque l'un et l'autre contenaient des clauses de principe, la D.M. 68 C.N.3 du 12 février 1924 a décidé que « les titulaires du marché particulier seraient fondés à revendiquer, dans leurs demandes éventuelles de plus-values, le bénéfice des clauses de révision prévues dans les marchés que la Marine aura passés directement avec les sous-traitants chez lesquels elle leur fait une obligation de s'approvisionner ». En effet, le motif qui avait entraîné la limitation de la révision chez les sous-traitants était d'éviter des enquêtes trop nombreuses auprès de ceux-ci ; or ces enquêtes doivent nécessairement être effectuées, dans le cas envisagé, auprès des sous-traitants titulaires de marchés généraux.

Après l'introduction des clauses automatiques, les marchés particuliers spécifièrent qu'il serait tenu compte des modifications en plus ou en moins des prix inscrits dans les marchés généraux en cours ; l'interprétation à donner à cette clause fut précisée par D.M. 288 C.N.3 du 7 août 1929, approuvant la note 4684 de la C.C.M.I. :

les plus-values ou moins-values prévues par les marchés généraux ne se confondent pas avec celles qui résultent des clauses automatiques figurant au marché particulier ; elles s'y ajoutent algébriquement. Cela revient à dire que *le prix des matières faisant l'objet de marchés généraux doit rentrer dans la partie fixe des marchés particuliers.*

Mais une difficulté se produisit à propos des contre-torpilleurs *Vauban*, *Valmy* et *Verdun* ; les marchés particuliers correspondants spécifiaient qu'il serait tenu compte des modifications en plus ou en moins des prix inscrits dans les marchés généraux en cours à la date du 30 septembre 1926. Or un de ces marchés était expiré depuis le 21 août 1926. Comment calculer la révision correspondante ? Par la différence de deux termes : le prix initial du devis et le prix final réel du matériel. Le prix initial s'obtenait en extrapolant les clauses de révision du marché expiré pour en déduire le prix au 30 septembre 1926 ; le prix final résultait des contrats spéciaux que le constructeur avait dû passer avec le titulaire du marché expiré et dont il était tenu de donner connaissance à la Marine.

Les solutions adoptées dans les cas précédents nous paraissent équitables, mais il convient de vérifier avec soin, lors de la signature du marché, que le prix de toutes les matières à commander sur marchés généraux est intégralement compris dans la partie fixe et ne rentre pas, même partiellement, dans la partie variable.

F. — PLUS-VALUES ET MOINS-VALUES

La très grande complexité des marchés de la Marine et les changements fréquents dans les désirs des utilisateurs imposent malheureusement de nombreuses modifications, suppressions et additions en cours de marché ; les unes et les autres sont régularisées par des actes additionnels ; ceux-ci sont assimilables aux marchés de gré à gré, dont ils exagèrent les inconvénients, car le choix du fournisseur est imposé et par suite la position de la Marine très peu favorable pour obtenir la réduction de plus-values exagérées ou l'augmentation de moins-values sous-estimées. *Comment s'appliquera la révision à la plus-value ou à la moins-value ? L'acte additionnel devrait toujours le préciser de façon indiscutable ; mais il*

n'en est pas toujours ainsi et des précisions insuffisantes créent parfois des difficultés.

Plusieurs cas sont à distinguer :

1^o *Clause précise de révision dans l'acte additionnel.* — Si la fourniture supplémentaire, objet de l'acte additionnel, est d'une importance comparable à la fourniture principale, ses modalités de révision sont généralement précisées par des clauses analogues à celles du marché. C'est le cas par exemple de la commande au même fournisseur d'un nouveau bâtiment, de canons supplémentaires ou d'obus en excédent ; l'acte additionnel précise les paramètres, coefficients, dates de base, marge neutralisée, etc., applicables à la fourniture supplémentaire ; s'il est rédigé sans ambiguïté, aucune difficulté ne se présente.

2^o *Clauses imprécises dans l'acte additionnel ; par exemple, assimilation au marché principal.* — Mais très souvent des clauses imprécises peuvent susciter le doute ; par exemple, les actes additionnels, après quelques indications sommaires, se bornent généralement à indiquer que « les autres clauses du marché sont applicables à la présente fourniture ».

Si donc il n'est pas précisé que le prix de la fourniture supplémentaire est ferme et non révisable, la révision s'applique à elle comme à la fourniture principale ; les modalités de révision sont les mêmes ; les paramètres sont identiques ; mais comment transformer les coefficients mensuels si les délais de livraison sont différents ? Et surtout, convient-il de prendre comme valeurs initiales les valeurs du marché ou des valeurs postérieures ? Chacun des points laissés dans l'ombre pourra ainsi devenir une source de litige.

En l'absence de toute précision, ou de tout indice intrinsèque à l'acte additionnel, il semble logique de supposer que le fournisseur a calculé son nouveau prix au moment de la discussion de l'acte additionnel et par conséquent de prendre comme date d'origine n jours avant la passation de cet acte additionnel si la date d'origine du marché est elle-même définie à n jours avant la passation de ce marché.

Lorsque l'acte additionnel n'apporte qu'une variation relativement peu importante au marché, il convient généralement de supposer que le travail correspondant, exécuté en un temps court,

n'est pas révisable et que la plus-value, évaluée lors de la discussion de l'acte additionnel, ne modifie en rien la révision principale. Au contraire, une moins-value sera retranchée du prix du marché et par suite la révision principale sera réduite, sans en changer les modalités, puisque la partie supprimée de la fourniture correspond à une diminution des dépenses précédemment prévues.

L'examen des clauses du marché et des pourparlers préliminaires pourra parfois fournir des indices sur les intentions des contractants. Néanmoins, de pareilles recherches sont toujours délicates et il est bien préférable de fournir toutes précisions dans l'acte additionnel et ainsi d'éviter toute ambiguïté.

3° *Clause précise de non révision dans l'acte additionnel.* — La C.C.M.I. a décidé le 15 décembre 1926 qu'elle n'accepterait plus que des actes additionnels strictement forfaitaires; ceux-ci précisent donc que le prix indiqué est ferme et non révisable. Toute difficulté est ainsi évitée, à condition toutefois que l'imprévision n'exécute aucun retour offensif.

Mais, si la fourniture supplémentaire est d'une importance comparable à la fourniture principale, l'acte additionnel continue à prévoir une révision analogue à celle du marché lui-même.

G. — SECRET PROFESSIONNEL

Les clauses de principe entraînent, nous l'avons vu, une ingérence continue de l'État dans les affaires du fournisseur et en particulier dans sa comptabilité; elles pourraient ainsi être utiles à l'État, en lui permettant d'apprécier si les bénéfices réels ne sont pas exagérés; mais par là même elles sont dangereuses pour les fournisseurs, qui devraient divulguer ce qu'ils considèrent comme des secrets personnels; aussi, les justifications requises ne sont-elles jamais complètement fournies; en réalité, l'application des clauses de principe comporte donc toujours une certaine dose de forfait; elle porte néanmoins à la connaissance de l'État de très nombreux renseignements sur les dépenses de matières et de main-d'œuvre, les frais généraux, les bénéfices, etc. Certains de ces éléments, comme les salaires, sont presque publics; d'autres, comme les achats de matières, sont déjà secrets; mais la susceptibilité de certains fournisseurs est surtout en éveil pour tout ce qui concerne

les frais généraux et les bénéfices ; aussi cherchent-ils à donner le moins de renseignements possible mais, quand ils ont dû les fournir, ils tiennent naturellement à ce que ces renseignements ne soient pas divulgués. *Il importe donc que les fonctionnaires, qui en ont connaissance, observent strictement le secret professionnel.*

En quoi consiste exactement, dans ce cas, le secret professionnel ?

Certes, les services de l'État ne doivent, sous aucun prétexte, communiquer à des concurrents le moindre renseignement obtenu par eux, qu'il soit d'ordre technique, administratif, commercial ou financier.

Ils ne doivent pas non plus le communiquer au personnel du fournisseur, qui l'ignore généralement et pourrait l'utiliser dans un but d'agitation politique ou sociale.

Mais le fonctionnaire qui a connaissance de certains renseignements peut les transmettre à ses supérieurs ; de même l'Artillerie navale peut les communiquer aux Constructions navales ou les services de la Guerre à ceux de la Marine. Car d'une part, les divers échelons de la hiérarchie font partie d'un même service ; d'autre part, les divers services industriels de l'État peuvent être considérés comme constituant une seule personne morale ; les transmissions ou communications en cause ne sont nullement des divulgations, mais de simples circulations intérieures.

Certains fournisseurs particulièrement susceptibles ont parfois prétendu le contraire ; le contrôleur, disent-ils, que les Conditions générales autorisent à circuler dans tous les ateliers et qui peut ainsi connaître le temps passé à un travail donné, n'a pas le droit d'en indiquer la durée à ses supérieurs, sous peine de violer le secret professionnel ; c'est là une prétention inadmissible et sans valeur ; le contrôleur n'est que le représentant de son service et d'une certaine personne morale, État, grande administration, etc. ; *le secret professionnel absolu s'applique à la personne morale prise dans son ensemble, et non au fonctionnaire particulier qui la représente* ; pour celui-ci, le secret professionnel n'est que relatif ; il interdit toute communication faite en dehors de la voie hiérarchique, montante ou descendante.

Nous estimons cependant que la communication doit se borner aux services industriels de l'État, directement intéressés aux questions de révision ; elle ne pourrait s'étendre aux services fiscaux,

si ceux-ci la demandaient pour contrôler une déclaration par exemple.

D'ailleurs, même entre services industriels, les communications ne se produisent pratiquement pas ; elles seraient tout à fait licites, mais les cloisons sont beaucoup trop étanches pour qu'elles se réalisent.

Avec les clauses automatiques, la question du secret professionnel ne se pose guère que si le salaire de base est le salaire constaté chez le fournisseur, ce qui, nous l'avons vu, est à éviter en principe.

SECTION III

Questions relatives au règlement de la révision

Nous examinerons successivement les questions suivantes : Quelles sont les majorations accessoires à ajouter au montant net de la révision ? Par qui doivent être approuvés les actes additionnels fixant le montant d'une révision ? A quel moment doit-elle être payée ? Avec quelle valeur faut-il prendre en charge les fournitures correspondantes ?

A. — QUELLES SONT LES MAJORATIONS ACCESSOIRES A AJOUTER AU MONTANT NET DE LA RÉVISION ?

Tout d'abord, *le montant net de la révision doit-il être majoré de 10 % pour bénéfice*, comme les fournisseurs l'ont souvent demandé ? *Non*, car les plus-values pour variation de cours ne doivent pas donner lieu à bénéfice ; le Conseil d'État, nous l'avons vu (chap. V, sect. II, B, a, 3), a toujours refusé le « bénéfice sur plus-values » réclamé par le fournisseur ; les clauses de principe n'ont pour but que de faire supporter par l'État le surcroît de charges résultant de la hausse des prix, sans qu'il puisse en résulter pour le fournisseur aucun bénéfice supplémentaire. Comme corollaire de ce principe, les clauses automatiques doivent faire rentrer le bénéfice dans

la partie fixe. En définitive, les clauses de révision laissent subsister le bénéfice et ne l'augmentent ou ne le diminuent que de la marge neutralisée, alors que les révisions sans clauses ou par bienveillance administrative doivent totalement le supprimer.

Le montant net doit-il être majoré de 2 % pour impôt sur le chiffre d'affaires ? Cet impôt est une surcharge que le fournisseur a dû réellement verser, par suite de la hausse des prix ; il doit donc être compris dans la révision, comme l'a décidé le Conseil d'État le 14 mai 1930, à propos de la construction du torpilleur *Enseigne Gabolde*.

De même, en cas de baisse, la minoration doit être augmentée de 2 % puisque l'impôt sur le chiffre d'affaires versé par le fournisseur sera inférieur à celui sur lequel il comptait.

Mais il faut bien prendre garde que *l'impôt sur le chiffre d'affaires est généralement compris dans le coefficient de frais généraux* ; donc, dans ce cas, il n'y a plus lieu de majorer de 2 % le résultat auquel on est parvenu.

Ce que nous venons de dire du chiffre d'affaires s'applique également à la retenue de 0,50 % pour la Caisse nationale de prévoyance des marins français.

Enfin, si les modalités de la révision nécessitent la passation d'un acte additionnel, les frais correspondants (impressions du marché, enregistrement, etc.) doivent être dans tous les cas à la charge de l'État qui impose cette formalité ; ils doivent donc être ajoutés à la majoration et retranchés de la minoration.

B. — PAR QUI DOIVENT ÊTRE APPROUVÉS LES ACTES ADDITIONNELS PRÉVOYANT MAJORATION ?

D'après l'article 12, § 5 des Conditions générales, tout acte additionnel à un marché est soumis aux mêmes formalités que le marché lui-même ; en particulier, il doit être signé, approuvé et notifié par les mêmes autorités. Ce point a été précisé par une circulaire du 15 décembre 1924 (B.O. 1925, p. 173) qui rappelle que les actes de prorogation sont obligatoirement soumis à la sanction du Département, même lorsque les prix du marché initial sont maintenus (art. 21 des C.G.) ; « il s'ensuit, à fortiori, que les actes additionnels consacrant des relèvements de prix

doivent être également soumis à l'approbation du ministre ».

Cette circulaire a été abrogée par la circulaire 231 Int. 4 du 15 juillet 1926 qui autorise l'*approbation locale lorsque la majoration découle d'une clause de révision inscrite dans le marché primitif* ; « dans ce cas, en effet, qui est le plus fréquent, et le sera de plus en plus, le relèvement de prix a été prévu et accepté, en principe, par la Marine, lors de la signature du contrat ; les modalités du relèvement ont été fixées à ce moment, et il s'agit seulement, en définitive, d'assurer l'application d'un accord antérieur intervenu entre les parties ». L'acte additionnel consacrant le relèvement n'est à approuver par le ministre que dans le cas particulier où le relèvement est accordé en dehors de toute clause de révision inscrite dans le contrat primitif, c'est-à-dire, en somme, si la Marine accorde bénévolement une majoration basée sur l'imprévision.

Les clauses automatiques ne nécessitent la passation d'aucun acte additionnel.

C. — A QUEL MOMENT DOIT ÊTRE PAYÉE LA RÉVISION ?
LES INTÉRÊTS SUR RÉVISION DE PRIX

Par bienveillance administrative ou avec des clauses de principe, la révision, basée sur les dépenses réelles, ne peut normalement être fixée qu'en fin de marché.

Ainsi la circulaire du 24 novembre 1914 prévoit que l'indemnité allouée ne pourra être accordée qu'à l'expiration du contrat ou à la fin de la guerre ; toutefois, dit-elle, « le Ministre pourra, à titre tout à fait exceptionnel et pourvu que cette mesure apparaisse comme une condition *sine qua non* de la continuation des opérations commerciales ou industrielles du fournisseur, accorder qu'un acompte lui soit payé sur le montant de l'indemnité restant à fixer ». La Sous-Commission commune des marchés, par son procès-verbal du 21 août 1916, émet le même avis ; « cependant, ajoute-t-elle, cette règle ne peut être considérée comme absolue, et rien ne s'oppose à ce qu'au cours de l'exécution du marché, un acte additionnel vienne régler le mode de révision des prix, la plus-value dont il est fait état étant alors une plus-value estimée d'un commun accord et non celle qui résulte de faits antérieurs ». Autrement dit, le paiement anticipé ne peut être fait que pour soutenir

un fournisseur dans la détresse ou lorsqu'une convention forfaitaire peut être passée.

Mais, normalement, la révision totale ne peut être fixée que lorsque toutes les justifications ont été fournies et l'accord réalisé à leur sujet entre les deux parties ; des années sont nécessaires pour cela ; ainsi, nous avons vu que les révisions de nombreux marchés relatifs au programme naval de 1922 n'étaient pas encore réglés dix ans plus tard.

Les clauses automatiques prévoient souvent le paiement des révisions partielles dès que leur calcul peut être fait ; ainsi, dans le cas de coefficients mensuels, les révisions correspondantes sont calculables chaque mois ; mais, pour éviter des paiements trop fréquents, il est généralement spécifié que les majorations ne pourront être payées qu'avec le premier terme à venir ; de même, pour éviter des versements de la part du fournisseur, les minorations sont retenues sur le premier terme à venir.

Ici encore, les clauses automatiques présentent donc un grand avantage par rapport aux clauses de principe ; leurs dates de paiements s'adaptent beaucoup plus facilement à l'allure de la fabrication ; les révisions se font beaucoup plus tôt ; et avec elles, la question des intérêts sur révision de prix ne se pose pas.

Nous avons vu (ch. III, sect. VII) que l'État ne devrait payer des intérêts que si, par des manœuvres dilatoires, il était responsable du retard apporté au règlement de la révision, mais que, dans la pratique, ce retard était, partiellement au moins, dû au fournisseur qui répugne à fournir les justifications prévues par le marché.

Nous savons également qu'un fournisseur ayant accepté des acomptes établis par actes additionnels, sans faire de réserves sur leur insuffisance, renonce par cela même à réclamer ultérieurement des intérêts.

On peut en déduire *a contrario* que le fournisseur ayant fait des réserves peut réclamer des intérêts ; mais, la question s'étant posée à propos des avisos types *Mondement-Montmirail*, la C.C.M.I. a fait savoir au fournisseur, le 3 janvier 1931, que la Marine n'acceptait aucune réserve, « ayant toujours considéré qu'en matière de plus-value à régler par acte additionnel la dette de la Marine ne prend existence que par la passation de cet acte ».

Pareille prétention nous paraît insoutenable. Avant la mise en demeure, le silence du fournisseur vaut prorogation tacite du terme par application du principe : *dies non interpellat pro homine* ; après la mise en demeure, les principes généraux du Code civil imposent des intérêts moratoires.

S'il en était autrement, il serait loisible à l'État de prolonger indéfiniment la discussion pour retarder la passation de l'acte additionnel et diminuer lentement mais sûrement le montant de sa dette ; le simple jeu des intérêts composés y parviendrait à coup sûr, bien que les règles de la comptabilité financière de l'État soient généralement hostiles à ce genre de considérations, tout au moins en ce qui concerne ses dettes.

Les difficultés que nous venons d'exposer, inexistantes pour les clauses automatiques, montrent une fois de plus l'impossibilité d'admettre des clauses de principe.

A partir du moment où la révision est bien déterminée, c'est-à-dire à partir de son échéance quand il y a clauses automatiques et à partir de la passation de l'acte additionnel quand il y a clauses de principe, l'ordonnancement des sommes dues doit intervenir dans un délai fixé, en ce qui concerne la Marine, par l'article 66 § 1 des Conditions générales ; sinon, il y a lieu à intérêts moratoires, après mise en demeure et dans des conditions fixées par l'article 66 § 4 des Conditions générales et les circulaires des 18 mai 1912 (B.O., p. 1088) et 6 décembre 1912 (B.O., p. 1518).

Certains fournisseurs ont demandé plus : à l'époque où le franc baissait très rapidement, le montant en or de la révision pouvait diminuer sensiblement à l'intérieur même du délai toléré par les Conditions générales ; aussi la Chambre syndicale des fabricants et constructeurs de matériel de guerre demanda-t-elle le 30 juillet 1926 « que le montant de la révision, une fois établi, soit lui-même corrigé automatiquement en le multipliant par le rapport des deux index de prix de gros, à savoir : celui précédant immédiatement le jour du paiement effectif de l'acompte et celui précédant immédiatement le jour de la constatation du droit au paiement dudit acompte ». La Chambre syndicale proposait d'ailleurs que cette révision ne s'applique qu'en cas de hausse ! Naturellement, sa proposition fut repoussée.

D. — AVEC QUELLE VALEUR FAUT-IL PRENDRE EN CHARGE
LES FOURNITURES RÉVISÉES ?

Lorsqu'une fourniture est livrée à la Marine, celle-ci la prend en charge et l'inscrit sur ses inventaires au prix payé ; mais les révisions de prix ne sont souvent liquidées que plusieurs années après la livraison, surtout lorsque des questions de pénalités sont en litige ; le prix d'inventaire peut donc être modifié au bout de plusieurs années, sans que la valeur intrinsèque de la fourniture ait changé en quoi que ce soit ; il en résulte une complication certaine dans la comptabilité ; d'autre part, la fourniture elle-même peut être consommée ou amortie dans une fabrication effectuée par les arsenaux ; le prix de revient de cette dernière ne pourra être établi qu'à titre provisoire, il variera ensuite au fur et à mesure que seront réglées les révisions des fournitures composantes ; c'est là une particularité inadmissible dans une comptabilité industrielle ; ainsi donc, nous rencontrons un nouvel inconvénient des révisions de prix, inhérent d'ailleurs aux règles actuelles de la comptabilité financière : elles empêchent le calcul rationnel des prix de revient pour les objets fabriqués dans les arsenaux.

* * *

En étudiant les clauses de révision pour aléa économique, nous avons souvent mentionné les administrations les plus diverses ; il ne faudrait pas en conclure que ces clauses occupent une place considérable dans les marchés administratifs ; par exemple, il a suffi que le Service des Tabacs passe un seul marché révisable pour que nous le citions à plusieurs reprises, parce que ce marché contenait des clauses intéressantes ; ce n'était là cependant, pour ce service, qu'un exemple unique, parmi des centaines de marchés essentiellement forfaitaires.

En réalité, rappelons-le, les marchés révisables sont une faible minorité ; la plupart des administrations n'en ont jamais voulu ou les ont abandonnés ; les grandes compagnies de chemins de fer et la Marine marchande ne continuent à les introduire que lorsqu'elles ne peuvent agir autrement, par exemple pour des contrats

de très longue durée ; seules, les grandes sociétés concessionnaires de la Ville de Paris les adoptent encore assez fréquemment.

Mais la Marine, qui en a une expérience particulière, leur conserve une prédilection certaine ; cependant, là aussi, leur domaine s'est plutôt restreint. L'Intendance maritime et la Commission centrale des marchés commerciaux leur restent hostiles, comme elles l'ont toujours été.

L'Artillerie navale, qui les a régulièrement employées de 1926 à 1931, est maintenant passée dans le camp des opposants ; elle en a d'abord signalé les inconvénients aux autres services intéressés (218 Art. 2 du 10.1.30, 4896 Art. 2 du 21.6.30) et a indiqué qu'à son avis, les marchés forfaitaires étaient, somme toute, plus avantageux pour le Trésor ; elle a toujours préféré les règlements forfaitaires aux règlements sur justifications précises (marchés de tourelles, assurances sociales, etc.) ; elle a enfin complètement abandonné les clauses en septembre 1931 ; cependant, en mai 1933, elle a dû céder à une nouvelle insistance des industriels et signer quelques nouveaux marchés révisables.

La C.C.M.I. continue à estimer que, pour obtenir les prix les plus avantageux, il est bon de réduire au minimum tous les aléas dont les fournisseurs supportent les conséquences (P. V. des 7.11.28, 12.11.28 et 30.12.29) ; toutefois, elle n'a plus de règle uniforme et laisse chaque service introduire ou repousser, à son gré, les clauses de révision.

Les Constructions navales leur restent fidèles : les plus récents marchés de bâtiments de guerre comportent des clauses ultra-perfectionnées, en plusieurs pages, avec tableaux d'indices mensuels ; le Service des Constructions navales estime qu'il peut ainsi serrer de plus près les prix de revient ; nous examinerons plus tard ce qu'il faut penser de cet argument.

En réalité, à l'exception des Constructions navales qui en ont fait une question de principe, les diverses administrations qui acceptent des clauses de révision ne le font que sur la demande expresse des industriels ; et ceux-ci réclament seulement en période de hausse et n'insistent réellement qu'en cas de péril monétaire.

D'autre part, les gros fournisseurs de l'État ne passent eux-mêmes avec leurs propres fournisseurs que des marchés strictement forfaitaires, sauf en ce qui concerne les marchés à longue durée où

la quantité seule est fixée ; le prix est alors ferme mais résulte d'un cours légal ou officieux ; ce cas, qui est par exemple celui des fournitures de charbon, de minerai, etc., n'est pas réellement un exemple de marché révisable.

En résumé, *les clauses de révision*, toujours absentes des contrats entre particuliers, régulières dans les marchés des Constructions navales, *n'occupent dans l'ensemble des marchés administratifs qu'une place limitée à certains services et aux périodes d'agitation monétaire* : nous rechercherons en concluant les raisons de cette limitation et nous nous demanderons s'il serait avantageux d'étendre ou de restreindre l'emploi des clauses.

DEUXIÈME PARTIE

L'ALÉA ADMINISTRATIF

Dans tous les cas que nous avons examinés jusqu'à maintenant, l'augmentation des prix de revient résulte de causes étrangères à chacune des deux parties ; à vrai dire, nous l'avons vu, il est difficilement soutenable que l'État ne soit pour rien dans une hausse générale due à la dévalorisation monétaire ; nous nous sommes cependant conformés à l'opinion généralement admise en rangeant ce cas parmi ceux d'aléa purement économique ; nous verrons ultérieurement s'il ne devrait pas passer de notre première à notre deuxième partie.

Celle-ci examinera les hausses dues à un fait de l'Administration.

Devons-nous dire qu'alors il y a faute de l'Administration ?

Entendons-nous bien : nous écartons ici le cas de la faute délictuelle, nous n'étudions pas la responsabilité civile des personnes morales ; nous supposons que l'État, que l'Administration en général et les fonctionnaires intéressés en particulier ont agi dans la plénitude de leur droit ; les mesures prises par eux ont été normales, conformes aux règles du droit constitutionnel et du droit administratif ; leurs seuls buts étaient l'intérêt public et la marche régulière des services intéressés ; elles sont inattaquables.

Mais, *en l'absence de toute faute délictuelle*, le simple fait de l'Administration peut causer aux particuliers un préjudice sensible ; l'exercice normal et licite des prérogatives que la loi confère à l'Administration, en vue de l'accomplissement de sa mission, peut entraîner des dommages pour les individus : ces dommages, les personnes morales administratives doivent-elles les réparer ? parce qu'il y a enrichissement sans cause ? ou en vertu de l'idée de risque social ? C'est là une importante question du droit administratif qui reste en dehors de notre étude.

En effet, nous supposons que les dommages sont subis non par des particuliers quelconques, mais par les cocontractants de l'Administration : ceux qui ont traité avec l'État (c'est de lui qu'il s'agira le plus souvent) n'ont-ils pas un droit spécial à obtenir un dédommagement pour un préjudice commun certes à bien des individus, mais résultant pour eux du marché administratif lui-même ? L'État, en modifiant après coup, par son simple fait, les conditions du marché qu'il a signé, n'encourt-il pas une responsabilité pécuniaire spéciale vis-à-vis de son cocontractant ?

Autrement dit, si la faute délictuelle est absente, n'y a-t-il pas faute contractuelle ?

Nous limiterons plus encore notre sujet en *nous bornant au seul dommage constitué par une hausse des prix de revient* : nous écartons donc les modifications apportées par l'État aux clauses du contrat, la réglementation différente des prestations à effectuer, l'augmentation ou la diminution de leur quantité, etc. ; nous supposons que la fourniture à livrer reste invariable en quantité comme en qualité, mais que le prix de revient est augmenté par le fait de l'Administration.

Ceci étant, nous verrons brièvement quels sont les principes juridiques applicables à ce cas particulier ; nous examinerons si la jurisprudence permet au fournisseur d'obtenir un dédommagement ; et si ce dédommagement n'est pas suffisamment assuré, nous chercherons quelles clauses ont été introduites dans les marchés pour garantir le fournisseur contre une hausse du prix de revient par le fait de l'Administration.

CHAPITRE VI

Les principes : la théorie du fait du prince

Le cas particulier qui nous occupe rentre dans la théorie générale du fait du prince. Nous allons en rappeler brièvement les caractéristiques, les rapports avec d'autres théories juridiques et les conséquences, en nous bornant d'ailleurs le plus souvent au seul cas de fait du prince que nous venons de délimiter.

SECTION I

Définition

Qu'est-ce exactement que le fait du prince ? M. Hauriou a posé le problème de façon magistrale (1) : « Le fait du prince, dit-il, est une de ces théories qui se cachent dans les profondeurs de notre droit administratif pour lui donner sa secrète souplesse. Il n'en faut point chercher la rubrique dans les manuels élémentaires ni même l'indication dans la source de révélations qu'est le traité de la juridiction administrative de M. Laferrière ; la doctrine

(1) *Jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. I, p. 735.

l'ignore encore, elle surgit seulement de temps à autre devant le Conseil d'État et au langage des commissaires du Gouvernement, on s'aperçoit qu'elle fait partie des traditions de la Haute Assemblée.

» Cependant la théorie du fait du prince est une des plus importantes, comme toutes celles qui touchent au fond et au tréfonds ; il serait utile qu'elle fut organisée ; on en jugera tout de suite par une définition approximative de la chose.

» Il y a fait du prince lorsqu'une administration publique étant liée avec un particulier par un de ces contrats qu'entraîne l'exécution des services publics, un marché de fournitures ou un marché de travaux publics, apporte un changement au contrat par un de ces actes où se révèle la puissance publique indépendante, particulièrement un acte réglementaire ; c'est donc le fait de la puissance publique qui, après avoir condescendu à traiter, à marchander, à se lier, tout d'un coup se retrouve Prince, c'est-à-dire absolue, au sens originaire du mot, affranchie de tout lien et cela dans des circonstances telles que cette manifestation du pouvoir absolu est de nature à modifier les éléments de la situation contractuelle qu'elle avait auparavant laissé s'établir. Pour celui qui avait contracté, il y a une sorte de surprise ; il est sujet de la puissance publique et comme tel tenu d'obéir mais il est en même temps contractant c'est-à-dire que par la vertu même du contrat toute une série de rapports de droit avaient été soustraits à l'empire du droit réglementaire pour être soumis uniquement à la loi du contrat et voilà que, dans cette sphère contractuelle qui semblait close, le droit réglementaire fait de nouveau irruption et *c'est la même administration publique qui après avoir créé la situation contractuelle la modifie par un acte réglementaire* ».

Le problème ne peut être posé de façon plus nette.

S'est-il radicalement transformé avec le temps ? Sans doute, le fait du prince était autrefois le régime du bon plaisir et la notion a évolué (1) ; le pouvoir divin et absolu du souverain a disparu, mais, suivant la forte expression de Spencer, « l'huile d'onction a glissé, sans qu'on y prenne garde, d'une seule tête sur celles d'un grand nombre, les consacrant, eux et leurs décrets ». La différence est plus dans la forme que dans le fond du problème.

(1) Fortuna, *Le fait du prince*, thèse, Paris 1924, p. 22.

SECTION II

Fait du prince et force majeure

La confusion que nous avons rencontrée entre l'imprévision et la force majeure s'est également produite entre le fait du prince et la force majeure. Dans la première moitié du xix^e siècle, les décisions judiciaires considèrent volontiers que le fait du prince est ipso facto un cas de force majeure (Trib. civ. Saint-Denis, 23.1.39 et Cour de l'île Bourbon, 26.6.39, D. 1842.1.222 ; Trib. civ. Mayenne, 24.6.40, D. 1841.2.49 ; Trib. comm. Havre, 4.6.52, conf. Rouen, 18.11.52, D. 1853.2.126 ; Bordeaux, 26.8.52, D. 1853.2.105) ; la Cour de Cassation adopte ce point de vue et le précise ainsi : « Un acte de la puissance publique constitue essentiellement un cas de force majeure » (Civ., 3.3.47, D. 1848.1.78).

Mais, à partir du milieu du siècle, les juridictions civiles reviennent à la véritable doctrine qui n'admet la force majeure que s'il y a impossibilité absolue d'exécuter ; ainsi la création ou l'augmentation d'impôts ou de droits de douane sur les produits à livrer rendent plus onéreux, mais non impossible, l'exécution du contrat ; ils ne sont donc pas des cas de force majeure (Cass., 8.7.52, D. 1853.2.126 ; Bordeaux, 26.8.52, D. 1853.2.105 ; Trib. com. Seine, 16.8.52, S. 1853.2.33 en note ; Rouen, 18.11.52, D. 1853.2.126 ; Trib. com. Lyon, 17.9.52 et conf. Lyon, 8.4.53, S. 1853.2.397 ; Trib. com. Seine, 16.10.72 et conf. Paris 2.6.74, D. 1874.2.172 ; Paris, 22.5.74 et Req. 25.1.75, D. 1875.1.264 ; Douai, 10.5.86, D. 1889.2.3 ; Trib. com. Nancy, 22.1.17, *Gaz. Pal.*, 11.4.17, etc.). Car, dit l'un de ces arrêts, « il n'y a qu'augmentation du prix de revient, rendant le marché désavantageux, mais une perte, quelque considérable qu'on la suppose, né peut être assimilée à l'impossibilité ».

La théorie de la force majeure ne peut donc être invoquée lorsqu'un fait du prince entraîne une hausse des prix de revient.

La justice administrative est encore plus nette ; non seulement

(1) Desjonquères, *L'imprévision*, p. 22.

elle n'a jamais voulu admettre la force majeure sans impossibilité, mais elle a même refusé pendant longtemps de reconnaître que l'impossibilité d'exécution exonérerait le fournisseur de sa responsabilité (1) ; dans le cas qui nous occupe, le fournisseur n'a donc pas la moindre chance d'obtenir du Conseil d'État une indemnité basée sur la force majeure.

SECTION III

Fait du prince et imprévision

Les deux théories supposent que l'équilibre du contrat a été altéré par des événements non prévisibles ; ni l'une ni l'autre n'entraîne la résiliation ipso facto comme le ferait la force majeure. Il y a donc entre elles des analogies certaines.

Ainsi le fournisseur lésé par une hausse d'origine administrative aura, semble-t-il, au moins les mêmes motifs d'être indemnisé que si cette hausse était due à des circonstances purement économiques : il pourra, en particulier, invoquer la théorie de l'imprévision.

Mais, d'une part, nous avons vu qu'en fait cette théorie était inexistante et ne pouvait offrir aucune base sérieuse à une demande d'indemnité, surtout en ce qui concerne les marchés de fournitures ; d'autre part, l'imprévisibilité est ici particulièrement difficile à démontrer.

Les décisions des juridictions civiles sont assez contradictoires à ce sujet. « On ne peut prévoir un cas qui dépend de la volonté du législateur », disent certains tribunaux (Trib. Havre, 4 juin 1852, D. 1853.2.126 ; Trib. com. Lyon, 17 septembre 1852, S. 1853.2.126 ; Trib. com. Lyon, 17 septembre 1852, S. 1853.2.397 ; Douai, 3 mai 1854, D. 1854.2.129). D'autres, au contraire, estiment que toute mesure imaginable peut être prévue (Nancy, 17 mai 1837, D. 1838.2.249 ; Lyon, 8 avril 1853, S. 1853.2.397 ; Orléans, 24 mai 1854, D. 1854.2.132 ; Paris, 5 août 1848, D. 1848.2.118 ; Orléans, 5 juillet 1854, D. 1856.1.33). La vérité semble être dans un juste milieu équidistant de ces extrêmes ; la Cour de cassation l'a expri-

mée dans un arrêt du 9 janvier 1856 relatif aux appels de contingents pour la guerre de Crimée (D. 1856.1.33) : il ne suffit pas que la loi soit possible pour qu'elle soit prévisible, sinon toute loi résultant du jeu normal de la Constitution serait prévisible ; il faut encore qu'elle réponde à des nécessités de fait prévues (1) ; autrement dit, la possibilité ne suffit pas, il faut encore une probabilité minimum. Et nous retrouvons ici un critérium déjà rencontré à propos de l'imprévision.

Mais *la probabilité de la survenance est particulièrement difficile à évaluer pour un acte de l'administration* ; elle fait intervenir des recherches psychologiques très compliquées, sinon impossibles en fait.

Il est donc souvent difficile au fournisseur d'invoquer l'imprévision quand il y a fait du prince ; mais surtout, comme nous l'avons vu, l'imprévision n'a en réalité jamais été admise comme une théorie générale, elle ne peut donc servir de base à une demande d'indemnité.

Le fournisseur victime d'un fait du prince devra chercher autre chose, qui lui permettra d'ailleurs de réclamer une réparation plus étendue (2) ; c'est sur les caractères particuliers au fait du prince qu'il devra se baser, et non sur ses caractères communs avec l'imprévision ; or la principale différence entre les deux situations est que *la responsabilité contractuelle existe dans le fait du prince et non dans l'imprévision*.

SECTION IV

Fait du prince et responsabilité contractuelle

En droit civil, nous l'avons vu, le fait du prince suppose un obstacle absolu ; en droit administratif, à la rigueur, la simple aggravation pourrait suffire si l'imprévision était réellement une théorie admise, ce qui n'est nullement le cas ; mais, quoi qu'il en

(1) Radouant, *op. cit.*, p. 159 à 164.

(2) Jèze, R.D.P., 1932, p. 281 et 282.

soit, la différence entre les deux cas est très nette : en droit civil, la cause de l'augmentation est étrangère aux contractants ; peu importe que la hausse soit due à des circonstances générales ou à un acte de l'Administration ; si donc la force majeure et l'imprévision ne s'appliquent pas, ce qui est presque toujours le cas, le fournisseur est sans recours aucun ; mais, en droit administratif, apparaît une autre considération : l'Administration étant partie au contrat, son intervention doit être considérée comme une modification unilatérale du marché souscrit ; il peut donc y avoir responsabilité contractuelle, entraînant le paiement de dommages-intérêts.

En effet, le principe que le contrat fait la loi des parties s'applique à l'Administration comme aux particuliers ; il lui interdit donc de modifier de sa propre initiative une des clauses du contrat ; et pourtant c'est bien ce qu'elle fait quand une mesure prise par elle conduit, après la signature du marché, à augmenter le prix convenu.

Mais, d'autre part, l'intérêt général commande que les services publics fonctionnent de façon satisfaisante et s'adaptent aux conditions économiques, sociales ou politiques du moment ; il n'est pas possible d'entraver cette adaptation sous prétexte qu'elle constituerait une modification à des contrats existants.

Pour concilier ces deux sortes de considérations, on est conduit à admettre que l'État a le droit d'intervenir, mais qu'il doit alors indemniser le fournisseur ; car l'irresponsabilité totale de la puissance publique, qui était autrefois la règle, n'est plus admise depuis longtemps et le contentieux de l'indemnité ne cesse de se développer ; si donc l'intérêt public passe avant les contrats particuliers, ces derniers ne peuvent être violés sans indemnisation corrélative du fournisseur. Suivant l'expression de M. Hauriou, *que l'Administration fasse, mais qu'elle paie*.

Cette indemnisation du fournisseur, a-t-on dit (1) n'est pas basée sur une faute contractuelle ; l'Administration n'est pas en faute, puisqu'elle ne fait que remplir son devoir en prenant les mesures nécessaires au bon fonctionnement des services publics ; *neminem*

(1) Louveau, thèse, Rennes, 1920, p. 66 ; — Saint-Marc, thèse, Paris, 1918.

laedit qui suo jure utitur ; mais, ajoute-t-on, le fait et la faute ne sont pas synonymes et il peut y avoir responsabilité sans faute (1) ; on en conclut donc que la responsabilité de l'Administration repose non pas sur une faute contractuelle, mais sur une modification volontaire des conditions du contrat (2).

C'est là, nous semble-t-il, jouer quelque peu sur les mots et le raisonnement est assez spécieux : « la faute, dit M. Planiol, est un manquement à une obligation préexistante, dont la loi ordonne la réparation quand il a causé un dommage à autrui ». Ici, il y a bien manquement à obligation préexistante, ayant causé dommage à autrui ; cependant la loi n'en ordonne pas la réparation ; il n'y aurait donc pas faute ; mais il en serait de même chaque fois que la loi est muette, ce qui laisserait à l'État le soin et le pouvoir absolu de déterminer lui-même sa propre responsabilité ; cette conclusion serait contraire à toute l'évolution de notre droit administratif en ce qui concerne le contentieux de l'indemnité.

Certes, la loi *Aquilia* ne répareit que le *damnum injuria datum*, c'est-à-dire le *damnum quod non jure fit* ; mais cette auguste ancêtre a quelque peu vieilli et la jurisprudence moderne, en particulier la jurisprudence administrative, considère comme donnant lieu à des dommages-intérêts plus d'un fait accompli dans les limites du droit légal (3).

Dirons-nous que l'Administration, si elle n'est pas en faute au sens absolu du terme, a cependant commis une faute relative, car, vis-à-vis de son cocontractant, c'est être en faute que de modifier unilatéralement les conditions du contrat ? Distinguerons-nous la faute objective et la faute subjective ? Verrons-nous dans le fait du prince une atteinte à la bonne foi (4), atteinte qui, nous le savons, n'existe pas dans l'imprévision ? Feron-nous appel à la théorie de l'abus du droit (5) ? Ou bien invoquerons-nous tantôt l'enrichissement sans cause et tantôt le risque social (6) ?

Théoriquement, la question présente un intérêt certain ; mais,

(1) Planiol, *Tr. élém. de dr. civ.*, 11^e éd., II, n^o 623.

(2) Desjonquères, *op. cit.*, p. 19 et 20.

(3) Collinet et Giffard, *Précis de droit romain*, t. II, 308.

(4) Berthélemy, *Revue polit. et parlem.*, 10.7.17, p. 24.

(5) Ripert, *La règle morale*, p. 89 et suiv.

(6) Jacquelin, *Cours de doctorat, dr. adm.*, 1928-1929.

pratiquement, peu nous importe ; il suffit de constater que la responsabilité de l'État, par suite de son fait, mais en l'absence de toute faute de sa part, est maintenant admise par la doctrine comme par la jurisprudence.

M. Teissier en appuie formellement le principe de toute son autorité et la base sur l'inexécution par l'État de ses obligations contractuelles (1) ; M. Tirard dit de son côté (2) : « Au regard des parties contractantes, l'acte législatif ou réglementaire n'est pas une règle générale comme au regard des autres citoyens ; il porte atteinte à une situation juridique préétablie ; comme tous les contrats, le contrat entre la puissance publique et le particulier doit s'interpréter de bonne foi ; la puissance publique s'est engagée tacitement à ne rien faire qui nuise à son cocontractant, à ne pas user inconsiderément et sans compensation de ses pouvoirs exorbitants » (3).

Quant à la jurisprudence administrative, elle reconnaît couramment le principe de l'indemnité en l'absence de toute faute et de tout texte légal.

Dans le cas précis et limité qui nous occupe, nous dirons donc que *le fait du prince entraîne sa responsabilité contractuelle*, sans que nous ayons à prendre parti sur le fondement même de cette responsabilité : il est bien établi qu'elle ne s'étend pas à tous les individus, mais à ceux-là seuls qui ont traité avec l'État et cela nous suffit ; elle résulte du fait qu'un des cocontractants a, de sa propre autorité, aggravé sciemment les conditions dans lesquelles l'autre partie devait normalement exécuter le contrat.

Mais cette responsabilité n'est ni générale ni absolue ; elle suppose réunies certaines conditions, elle est bornée par certaines limites.

(1) *Responsabilité de la puissance publique*, n^{os} 25, 149, 163.

(2) Thèse, Paris, 1906, p. 236.

(3) Voir également Fortuna, *op. cit.*, en particulier p. 67 et 130.

SECTION V

**Conditions de la responsabilité
encourue par l'Administration**

La responsabilité suppose l'existence d'un fait de l'Administration, celle d'un dommage et une relation de causalité entre le fait et le dommage.

Nous allons brièvement examiner ces trois conditions.

A. — EN CE QUI CONCERNE LE FAIT DE L'ADMINISTRATION

1^o *Il peut être légal ou illégal.* — Dans les deux cas, le fournisseur a le droit de réclamer une indemnité ; dans le deuxième, il peut également commencer par réclamer l'annulation de la mesure prise (recours hiérarchique, gracieux ou pour excès de pouvoir).

2^o *Il doit être volontaire.* — Les articles 1382 et suivants ne s'appliquent pas à la responsabilité de l'Administration (S. 97.3.33), si ce n'est en ce qui concerne la gestion de son domaine privé.

3^o *Il peut consister en une mesure générale ou spéciale.* — Dans les deux cas, il peut y avoir fait du prince ; mais, si la mesure est particulière au fournisseur ou à un très petit nombre d'individus, il convient particulièrement de rechercher s'il n'y a pas faute caractérisée, si le but réel de l'Administration n'était pas de diminuer en ce qui la concerne le prix de revient net de la fourniture.

4^o *Il doit être un acte d'autorité, soit par lui-même, soit par ses effets intrinsèques* (1). — Un deuxième marché de fournitures, qui a une influence sur l'exécution du premier, ne saurait être intrinsèquement considéré comme un fait du prince, quelles qu'aient été en fait ses répercussions (C.E., 8.3.01, S. 1902.3.13).

5^o *Il doit être accompli par l'Administration contractante.* — Si l'acte a été accompli par une autre Administration, ayant une personnalité distincte, elle ne constitue pas un fait du prince et l'Administration contractante n'assume aucune responsabilité contrac-

(1) Hauriou, *Jurisprudence administrative*, t. I, p. 735 et suiv.

tuelle. Par exemple, l'État n'est pas tenu d'indemniser son cocontractant pour augmentation d'un droit d'octroi et la commune n'a aucune responsabilité dans l'établissement d'un nouveau droit de douane.

Mais il ne faut pas pousser cette théorie trop loin, comme l'ont tenté certaines Administrations et prétendre par exemple que les départements ministériels sont des tiers les uns vis-à-vis des autres : *l'Etat est un, ses divers services ne sont que les parties d'un même tout* (1).

D'ailleurs, le Conseil d'État restreint beaucoup la portée du principe d'après lequel une administration ne doit pas supporter les mesures prises par une autre administration : c'est ainsi qu'il rend l'État responsable d'une mesure prise par le gouverneur général de l'Algérie (28.11.24, Tanti, R.D.P. 1925, p. 76 et suiv.) ou par une Chambre de commerce (20.5.04, C^{ie} marseillaise de navigation, R., p. 425, D.P. 06.3.17). Et cependant l'Algérie et une Chambre de commerce ont bien des personnalités distinctes. Dans le premier des cas que nous venons de citer, la solution du Conseil d'État, d'ailleurs contraire aux conclusions du Commissaire du Gouvernement Mazerat, paraît logique car la responsabilité de la puissance publique est une et le gouverneur général de l'Algérie dépend du Gouvernement qui l'a nommé ; mais le deuxième cas semble peut-être plus discutable : il serait un peu hardi de considérer les Chambres de commerce comme une administration d'État ; cependant les taxes perçues par elles ne sont applicables qu'après approbation du ministre des Travaux publics ; l'État est donc en fait responsable de leur création et de leur augmentation.

De même, si un préfet représentant l'État prend un arrêté d'accord avec une ville, le Conseil d'État considère qu'il n'y a pas différence de personne (11.3.10, Compagnie française de tramways, D.P. 1912.3.49).

6° *Il doit être imprévisible.* — Tout d'abord, la question ne se pose pas si le fait du prince a été prévu par les contractants ; car la prévision de sa survenance possible forme un élément du contrat, et ce dernier doit être respecté par les parties.

Si le fait du prince n'a pas été prévu mais pouvait l'être, la par-

(1) Hauriou, *loc. cit.*

tie qui n'y a pas pensé doit supporter les conséquences de son imprévoyance.

Dans un cas comme dans l'autre, le fournisseur ne peut réclamer aucune indemnité ; il ne le pourrait que s'il y avait imprévisibilité.

Mais, pour définir l'imprévisibilité, nous nous heurtons aux obstacles que nous avons déjà rencontrés : détermination de la probabilité, recherches psychologiques sur la prévoyance du fournisseur normal, etc.

D'autre part, une circonstance particulière intervient ici : la prévisibilité est toute différente suivant que l'on considère l'un ou l'autre des contractants ; pour l'Administration prise dans son ensemble, elle ne dépend que des événements extérieurs et des conditions économiques, sociales, financières, politiques, etc. ; le fournisseur doit en outre se demander ce que l'Administration, placée en face de ladite situation, pourra normalement décider.

Évidemment, il y a des cas simples : par exemple, à la fin de la guerre, on pouvait prévoir l'éventualité d'une réduction de la journée de travail ; quand les chemins de fer sont en déficit, il est très probable que le Gouvernement sera, un jour ou l'autre, contraint d'élever les tarifs. Mais, en ce qui concerne les impôts, la détermination de la probabilité est beaucoup plus difficile : si le budget est déficitaire, on doit certes prévoir une augmentation des impôts, à moins que le Gouvernement, craignant d'être renversé, ne préfère la solution paresseuse d'un emprunt ou que les parlementaires, tremblant pour leur réélection, ne reculent devant les mesures impopulaires ; si cependant une augmentation des impôts est inévitable, sur quoi portera-t-elle ? sur les taxes, les impôts directs ou indirects ? Et ici interviendront des considérations non seulement sur la logique et les avantages absolus de chaque solution, mais encore sur leur opportunité, sur la nuance du Gouvernement et la force de sa majorité, sur leur clientèle électorale, sur la force de résistance des divers groupements organisés, etc. Si l'on peut dire que des impôts nouveaux étaient à prévoir, on ne peut en conclure que tel impôt nouveau était prévisible. Car le fisc a, pour découvrir la matière imposable, des raffinements de tortionnaire qui échappent au contribuable moyen et les parlementaires, membres des Commissions des Finances, possèdent une richesse d'imagination qui dépasse les possibilités du Français normal.

Il semble donc que toute prévision fiscale soit impossible et qu'en conséquence toute création ou toute majoration d'impôts doive être considérée comme imprévisible ; au contraire, on peut généralement prévoir les lois sociales dont le vote et la promulgation sont précédés d'une longue période de propagande, d'études et de discussion. Naturellement, la durée sur laquelle porte le contrat intervient aussi : les mesures imprévisibles, nombreuses dans un contrat de concession s'étendant sur plusieurs années, sont presque inexistantes dans un marché de fournitures.

Si nous ne craignons pas de simplifier à l'excès une question très complexe, nous dirions qu'en gros, *les lois fiscales ne peuvent jamais être prévues à plus de quelques jours d'intervalle* et que *les lois sociales peuvent généralement être prévues à moins que la durée du contrat ne s'étende sur plusieurs années* ; mais, naturellement aucune précision ne peut être donnée à ce sujet et de multiples tempéraments doivent être apportés à toute règle impérative.

7° *Il peut consister en une action ou en une inaction.* — Par exemple, comme la survenance d'un règlement nouveau, la non application d'un règlement en vigueur ou la résurrection d'un règlement tombé en désuétude peuvent constituer des faits du prince (C.E., 14.3.24, Messageries fluviales de Cochinchine, R., p. 297 ; 12.12.24, Ville de Dieppe, R., p. 1006 ; Concl. du Comm. du Gouv. Rivet dans cette affaire ; Jèze, *Rev. Dr. pub.*, 1925, p. 64 et suiv.).

8° *Il doit être postérieur à la signature du marché et antérieur à l'expiration des délais contractuels.* — Car, d'une part, le fournisseur, en signant, a pu prévoir les conséquences d'un fait alors accompli ; et, d'autre part, il est seul responsable s'il supporte encore les conséquences d'un fait qui aurait dû être postérieur à l'expiration de son marché.

B. — EN CE QUI CONCERNE LE DOMMAGE

1° *Il doit porter atteinte au droit d'autrui.* — Le dommage qui ne lèse pas les droits du traitant n'engage pas la responsabilité de l'Administration (C.E., 11.12.18, da Cunha-Matos, R., p. 1117 ; 9.2.21, Azanza, R., p. 153) ; tel n'est pas le cas dans l'exemple étudié par nous, car le fournisseur est en droit de compter que l'Administration n'augmentera pas son prix de revient de propos délibéré.

2^o *Il doit être spécial au fournisseur.* — La mesure prise peut, nous l'avons vu, être générale ou spéciale ; c'est là une question de forme qui importe peu. Mais le dommage causé, lui, doit être spécial au fournisseur ; car, s'il est commun à tous les citoyens, chacun doit en supporter sa part, et le principe de l'égalité des charges publiques ne serait pas respecté si un fournisseur de l'État pouvait se prévaloir de ce titre pour obtenir un privilège exorbitant.

« Pour qu'une responsabilité contractuelle soit engagée à la suite d'une modification législative, dit M. Georges Teissier (1), il faut que cette modification n'impose pas seulement au cocontractant de l'Administration une de ces charges générales qui frappent tous les citoyens ou toute la catégorie d'industriels ou de commerçants à laquelle il appartient (C.E., 16.7.57, Dubourg, R., p. 547 ; 12.1.83, Barbe, R., p. 36, D.P. 84.3.86). Il faut qu'elle modifie les conditions du contrat lui-même, celles en considération desquelles ce contrat a été passé et dont le maintien pouvait être légalement escompté par les parties ».

La discrimination entre le dommage général et le dommage spécial ou, si l'on préfère, entre la charge générale et la charge spéciale est d'ailleurs moins simple qu'elle n'apparaît à première vue : la loi de 8 heures, l'établissement de l'impôt sur le chiffre d'affaires, l'augmentation de l'impôt sur le revenu imposent à coup sûr des dommages généraux, ce sont des charges générales ; à l'inverse, la fixation de salaires minima dans un établissement déterminé, l'établissement d'une taxe sur un produit dont un fournisseur a le monopole de fabrication sont des charges spéciales ; mais que dire par exemple d'une loi sociale applicable à toute une industrie et à elle seule, d'un droit d'octroi sur un produit de fabrication courante mais sur lui seul ? Il nous semble qu'il s'agit alors d'une charge générale car elle s'applique à toute une catégorie d'industriels ou de commerçants et il n'y a pas de raison de traiter ceux-ci de façon différente suivant qu'ils sont ou ne sont pas fournisseurs de l'État.

Mais alors, *cette règle limitera considérablement les cas dans lesquels il peut y avoir indemnité pour fait du prince* : une mesure sociale devra s'appliquer au seul cocontractant de l'État (par exemple

(1) Béquet, *Responsabilité de la puissance publique*, p. 25.

réglementation du travail pour le personnel de la Banque de France, protection spéciale accordée par la Ville de Paris aux employés de la S.T.C.R.P., etc.) ; l'impôt nouveau, la taxe augmentée devront s'appliquer, non à une seule industrie, à un seul commerce, mais à un seul industriel, à un seul commerçant (par exemple droit d'octroi sur le gaz mais non droit d'octroi sur le charbon, impôt sur les fournitures de telle marque) ; et ainsi de suite.

Une mesure applicable à plusieurs individus n'entraînerait néanmoins une charge spéciale que si tous étaient des fournisseurs de l'Administration : tels seraient par exemple une réglementation du travail pour les ouvriers occupés à l'entretien des routes, un droit sur la fabrication du tabac, la fixation du salaire dans les fabriques d'obus, etc.

3° *Il ne doit pas nécessairement avoir bouleversé le contrat.* — Le bouleversement du contrat est nécessaire dans la « théorie de l'imprévision » ; il ne l'est plus du tout lorsqu'il y a fait du prince ; et la responsabilité s'applique alors quelque faible que soit le dommage, car elle résulte d'une modification apportée unilatéralement aux conditions d'exécution du contrat.

C. — RELATION DE CAUSALITÉ ENTRE LE FAIT ET LE DOMMAGE

1° *Le dommage invoqué doit être imputable au fait et à lui seul.* — Car seule la partie du dommage qui est imputable au fait peut être mise à la charge de l'Administration et le fournisseur doit supporter lui-même tout l'aléa économique. Si le fait de l'Administration — relèvement de salaires, de tarifs de chemins de fer, etc. — avait été imposé par la situation économique, il était en réalité une simple constatation des conditions économiques, il n'y avait plus fait du prince. De même, si l'Administration se borne à enregistrer des nécessités sociales ou politiques inéluctables, son acte n'est pas un fait du prince ; mais, pour qu'il en soit ainsi, il doit être nettement prouvé que ces nécessités étaient bien inéluctables ; on ne saurait se contenter d'une affirmation péremptoire ou du simple argument que la mesure est indiscutable parce que prise par l'Administration ou ratifiée par le Parlement... ; en particulier, il nous paraît très exagéré de déclarer, comme M. Fortuna (1), que les

(1) *Op. cit.*, p. 75.

lois sociales ne constituent jamais un fait du prince, mais sont un simple enregistrement des nécessités sociales.

2^o *Il n'est pas nécessaire qu'à l'appauvrissement du fournisseur corresponde un enrichissement de l'Administration.* — On a souvent voulu donner au problème posé des solutions différentes suivant que la mesure prise avait ou non apporté à l'Administration un avantage matériel ; le fournisseur, disait-on, doit, comme tous les citoyens, supporter les conséquences des mesures prises dans l'intérêt général et en particulier des lois sociales ; mais l'Administration ne peut s'enrichir en portant atteinte au contrat, elle doit donc dédommager le fournisseur des conséquences d'une mesure fiscale ; on ajoutait même que le fournisseur bénéficiait plus ou moins directement des mesures sociales, sans que l'Administration en retire un avantage matériel direct, alors que la situation était inverse en cas de mesures fiscales (1).

Il ne nous paraît pas possible de retenir ce critérium, pour diverses raisons : tout d'abord, quel profit tire un industriel d'une loi sociale qui lui impose charges et tracasseries nouvelles ? Une paix sociale mieux assurée ? Peut-être ; mais la loi fiscale nouvelle, qui procure des ressources supplémentaires au budget, permet de mieux assurer la paix intérieure et la sécurité extérieure ; l'industriel en profite comme tous les citoyens ; et si l'on affirme que les diverses lois sociales sont imposées aux industriels dans leur propre intérêt, on pourrait, sans plus de paradoxe, prétendre que le fisc ne presure les contribuables que dans leur intérêt bien compris. A l'inverse, si une loi sociale contribue au maintien de l'ordre et de la prospérité, l'État en retire un avantage certain ; mais il n'est pas évident qu'un impôt nouveau rapporte à l'Administration un solde net, soit qu'une exagération des taux fasse fuir la matière imposable, soit que les frais de perception dépassent les ressources nouvelles.

D'autre part, l'auteur d'un dommage doit le réparer, qu'il en ait tiré profit ou non ; la responsabilité civile ne nécessite pas l'enrichissement sans cause ; et la jurisprudence constante du Conseil d'État reconnaît la responsabilité administrative, sans rechercher si l'État a ou non retiré de son acte un profit quelconque.

(1) Bosc, *Conséquences juridiques des mesures législatives ou réglementaires...*, p. 24.

Le caractère social ou fiscal de la mesure prise ne saurait donc servir de critérium (1). Tout au plus pouvons-nous dire ceci : l'Administration doit une indemnité si la mesure prise par elle avait pour but de lui rendre le contrat moins onéreux ; « c'est là une question de bonne foi et d'interprétation » (2) ; autrement dit, il faut rechercher, non pas si l'Administration a retiré un bénéfice net de sa mesure, mais si elle a pris cette mesure pour en retirer un bénéfice contractuel ; pour qu'il en soit ainsi, il faudrait que l'Administration ait eu spécialement en vue son cocontractant, autrement dit qu'il s'agisse d'une mesure spéciale et non d'une mesure générale.

Ainsi, après un détour, nous en revenons à un critérium déjà rencontré.

Si les lois sociales et fiscales ont généralement des conséquences différentes au point de vue de la responsabilité administrative, c'est seulement, nous l'avons vu, parce que leur prévisibilité est très différente.

Telles sont les conditions de la responsabilité encourue par l'Administration ; voyons brièvement quelles en sont les limites.

SECTION VI

Limites de la responsabilité encourue par l'Administration

La qualité du cocontractant importe peu : la responsabilité est la même envers le concessionnaire et envers l'entrepreneur de travaux publics (C.E., 29.12.05, *Bardy/v. Bergerac*, R., p. 1015 et concl. de M. Romieu, comm. du Gouv.) ; mais, ici encore, c'est la prévisibilité qui est différente dans les deux cas.

Lorsqu'elle existe, *la responsabilité est totale* : l'Administration doit tenir compte au fournisseur et du *lucrum cessans* et du *damnum emergens* ; il y a là une différence fondamentale avec l'imprévision,

(1) Bosc, *op. cit.*, p. 20.

(2) Concl. de M. Teissier, D.P. 1906.3.17.

qui laissait toujours une partie du dommage à la charge du fournisseur.

Enfin, l'admission de la responsabilité administrative, nécessite celle de la réciproque : la même règle doit être suivie pour l'adoption d'une mesure et pour sa suppression, pour le dommage causé au fournisseur et pour l'avantage qui lui est fait ; si l'Administration doit payer dans le premier cas, elle doit recevoir une compensation dans le deuxième. Par exemple, la commune qui supprime les taxes d'octroi peut demander au fournisseur une indemnité correspondante (24.11.05, Lazies, R., p. 478) : si le cocontractant a le privilège exorbitant d'être dispensé de payer les nouvelles taxes, il doit avoir l'obligation exorbitante de continuer à payer les taxes supprimées (v. concl. de M. Romieu sous affaire Bardy, R., p. 1018).

Pas plus que la théorie de l'imprévision, *la théorie du fait du prince ne peut être à sens unique* ; elle doit s'appliquer aux deux contractants ou leur être refusée à tous deux, il n'y a pas de moyen terme.

* * *

Ainsi donc, *quand le fait du prince est nettement caractérisé, le fournisseur est indemnisé dans les limites les plus larges ; mais les conditions à remplir pour qu'il y ait juridiquement fait du prince sont si nombreuses que la plupart des actes administratifs ne les réunissent pas ; c'est ce que nous allons voir en examinant la jurisprudence du Conseil d'État.*

CHAPITRE VII

La Jurisprudence du Conseil d'État

Dans les grandes lignes, elle est conforme aux principes que nous venons d'énumérer.

Tout d'abord, le Conseil d'État admet que, *si le fait du prince est caractérisé, l'Administration est responsable* : ce principe a surtout été appliqué à propos de modifications apportées aux contrats de concession (4.8.05, chemin de fer Bône-Guelma, D.P. 1907.3.61 et concl. du comm. du Gouv. Tardieu ; 6.12.07, grandes compagnies de chemin de fer et Métropolitain, D.P. 1909.3.57 ; 11.3.10, Compagnie française de tramways, D.P. 1912.3.49) ; il est formellement admis par M. le commissaire du Gouvernement Léon Blum lui-même, suivant lequel « la jurisprudence du Conseil d'État, parfaitement coordonnée, parfaitement établie... évitera de donner au contrat un caractère léonin » (D.P. 1912.3.49 sous arrêt du 11.3.10 précité). Et M. Latournerie l'exprime par cette image frappante : le fait du prince est « le geste célèbre du guerrier gaulois jetant son épée dans la balance ; le Conseil d'État n'admet pas cette surcharge inattendue » (D.P. 1930.3.13, concl. sous arrêt du 9.3.28).

Mais, contrairement aux cas dont nous venons de parler, nous supposons que le contrat n'est pas modifié, qu'il y a seulement hausse du prix de revient : comment alors le Conseil d'État applique-t-il pratiquement son principe indiscuté ?

Nous allons le rechercher, en examinant successivement les principaux faits du prince qui peuvent agir sur les prix : lois sociales nouvelles, mesures fiscales, taxations, fixation du prix des transports, etc.

SECTION I

Lois sociales nouvelles

Les lois sociales sont au premier chef, dit M. le commissaire du Gouvernement Tardieu (D.P. 09.3.76), de ces lois générales qui atteignent, sinon tous les citoyens, du moins un grand nombre d'entre eux ; elles sont faites non dans l'intérêt propre de l'État, personne morale, mais dans l'intérêt de la société toute entière. *Leurs conséquences doivent donc être supportées par les fournisseurs de l'Etat comme par les autres industriels ou commerçants.*

Ainsi, le caractère général de la loi du 9 avril 1898 sur les *accidents du travail* s'oppose à ce qu'un entrepreneur réclame une indemnité à raison du préjudice que lui a causé ladite loi promulguée postérieurement à son adjudication (10.1.08, Noiré et Beysac, R., p. 287). Et M. le commissaire du Gouvernement Tardieu conclut dans la même affaire (D.P. 09.3.76) : « Mais, dira-t-on, la loi se traduit pour les patrons par un impôt additionnel à la patente. C'est vrai. Mais cette taxe n'est pas établie dans l'intérêt financier de l'État. Elle sert à alimenter le fonds de garantie affecté spécialement à assurer aux ouvriers blessés que les indemnités auxquelles ils ont droit leur seront payées. Alors que cette charge imposée par le législateur à un très grand nombre d'employeurs va peser notamment sur les entrepreneurs de travaux privés, sur les entrepreneurs de travaux publics des départements et des communes, sans recours possible contre les maîtres de l'ouvrage, admettre que seuls les entrepreneurs de l'État vont pouvoir se retourner contre lui pour se faire rembourser le surcroît de charges que cette loi leur impose, serait créer à ces entrepreneurs une situation privilégiée que rien ne justifie ».

Les mêmes motifs sont valables pour toutes les lois sociales : donc par exemple les lois, décrets ou règlements sur le repos hebdomadaire, sur la journée de 8 heures, sur les assurances sociales, sur la réglementation du travail à bord des navires de commerce (21.11.19, Messageries Maritimes), sur la semaine anglaise (11.1.22, Leroy, R., p. 23) ne peuvent entraîner aucune indemnité pour les fournisseurs de l'État.

La loi du 23 avril 1919 sur la *journée de 8 heures* a suscité un nombre particulièrement important de décisions en ce sens : *le Conseil d'Etat ne la considère jamais comme un fait du prince* ; il l'examine sous l'angle de sa soi-disant théorie de l'imprévision ; il déclare d'ailleurs toujours, quelle que soit la date du marché, « qu'à l'époque où il a été passé, l'éventualité d'augmentation du prix de la main-d'œuvre, déterminée par les conditions économiques et par la réduction de la journée de travail, n'a pu rester étrangère aux prévisions des parties » ; et, invariablement, il refuse toute indemnité (28.6.22, Phares Ducellier, R., p. 557 ; 24.11.22, Soc. Ardouin et C^{ie}, R., p. 867 ; 13.6.23, Et. Millot, R., p. 475 ; 2.7.24, Affréteurs Réunis, R., p. 631 ; 10.12.24, Soc. des Et. de Vendouvres, R., p. 997 ; 13.5.25, Forges et Chantiers Méditerranée, R., p. 466 ; 10.3.26, Chapperon, R., p. 263 ; 10.3.26, Clauzier, R., p. 263 ; 23.6.26, Leydet, R., p. 640 ; 6.7.27, Coder, R., p. 748 ; 8.7.27, Mazure, R., p. 766 ; 4.8.27, Adam, R., p. 948 ; 6.2.29, Guillot-Pelletier, R., p. 149 ; 4.5.29, Candoret, R., p. 474 ; 23.7.29, Hydroglisseurs Lambert, R., p. 791 ; 12.12.29, Entr. Léon Grosse, R., p. 1101).

Si l'Administration consent bénévolement à indemniser les requérants, elle reste seule juge de l'indemnité à leur accorder (30.11.23, Durand-Bousquet et C^{ie}, R., p. 793).

SECTION II

Mesures fiscales

Nous réunissons sous ce titre toutes les mesures qui créent ou modifient des impôts ou des taxes, qu'elles émanent de l'État (lois fiscales proprement dites), des départements ou des communes.

La question s'est d'abord posée pour la *répercussion des nouveaux droits d'octroi sur les contrats communaux* : par exemple, une commune établit ou majore les droits d'octroi sur le charbon ; le concessionnaire du gaz réclame l'exonération de ces droits ou l'attribution d'une indemnité compensatoire, car il y a là atteinte à un des éléments essentiels qui permettent à la société gazière d'assurer son service ; remarquons d'ailleurs que l'impôt est en réalité applicable, non directement au charbon considéré comme en entrepôt industriel, mais au produit consommé à savoir le gaz (Cass., 29.7.84, S. 86.1.177) et qu'en fait la perception de ce droit sur le gaz est très rare ; mais peu importe.

La jurisprudence du Conseil d'État a évolué dans le sens d'un élargissement des cas où la responsabilité de la puissance publique est engagée : elle a d'abord refusé toute indemnité ; puis elle a fait une distinction entre les droits nouvellement créés et les droits simplement augmentés : elle laissait les premiers à la charge de l'Administration et les autres à celle du fournisseur, sous prétexte qu'un particulier peut prévoir la majoration d'un droit existant mais non la création d'un droit nouveau ; puis elle a renoncé à cette distinction et *reconnu dans tous les cas la responsabilité de la commune* (C.E., 17.1.67, Boulingre, R., p. 74 ; 8.1.75, Commune de Basse-Terre, R., p. 6 ; 13.7.92, Bosdure, R., p. 627 ; 27.12.95, Silvestre, R., p. 878 ; 9.4.97, Gaz de Montluçon, R., p. 305, D.P. 98.3.79 et concl. de M. Arrivière ; 12.11.97, Ville de Marseille, R., p. 676, D.P. 97.3.16 ; 24.11.05, Rapp. Ville de Paris, R., p. 878 ; 29.12.05, Bardy/ville Bergerac et les conclusions du commiss. du Gouv. Romieu, R., p. 1015 et D.P. 07.3.77 ; 15.12.22, Ville de Rennes, R., p. 946).

Et le fait que le fournisseur a déclaré prendre à sa charge les droits d'octroi ne l'empêche pas d'obtenir le remboursement des majorations apportées ultérieurement à ces droits (15.12.22, Ville de Rennes, R., p. 946).

Au contraire, un fournisseur de l'État ne peut lui réclamer le remboursement de droits d'octroi nouveaux ou majorés en prétendant qu'il y a fait du prince (31.1.30, Société de combustibles, D.H. 30, p. 216) ; mais l'État doit, nous l'avons vu, rembourser les droits de navigation perçus dans un port parce que c'est lui qui, en définitive, met ces droits en vigueur (20.5.04, C^{ie} marseillaise de navigation à vapeur, R., p. 425 et concl. de M. le comm. du Gouv. Tessier).

De ces divers exemples, il paraît à première vue résulter que le Conseil d'État accorde ou non une indemnité suivant que l'Administration, auteur de la mesure fiscale, est ou non l'Administration contractante.

En réalité il n'en est rien : *le Conseil d'Etat refuse toujours d'indemniser un fournisseur atteint par un impôt nouveau, quel qu'il soit*, par exemple un droit sur la dynamite (12.1.83, Barbe, D.P. 84.3.86) ou sur le riz (9.3.28, Scieries africaines, D.P. 30.3.13 et concl. de M. Latournerie, comm. du Gouv.), une taxe d'abatage sur les bois (même arrêt), une taxe sur les concessions d'éclairage électrique (8.11.12, Éclairage de Marseille, R., p. 1024 ; 8.3.18, Éclairage de Bordeaux, R., p. 235), l'impôt sur le chiffre d'affaires (23.7.29, Hydroglisseurs Lambert, R., p. 791 ; 7.11.29, Besson, R., p. 964), etc.

Il n'a fait à cette règle que deux exceptions : la première concerne les *droits de péage à l'entrée du port de Bastia* (20.5.04, Compagnie marseillaise de navigation à vapeur, D.P. 1906.3.17) ; nous avons déjà vu (chap. VI, sect. V, A, 5^o) que, selon le Conseil d'État, l'établissement des droits est le fait non de la Chambre de commerce, mais de l'État lui-même ; quoi qu'il en soit à ce sujet, le commissaire du Gouvernement Teissier concluait ainsi : « Les taxes de péage à l'entrée du port de Bastia ne sont pas des impôts généraux... ; il s'agit de taxes compensatoires d'un service rendu dont la compagnie requérante n'est nullement fondée à réclamer le rem-

boursement ». Et, en effet, lesdites taxes, si elles soulagent le budget général, ne lui sont pas versées ; elles sont utilisées pour l'amélioration des ports (approfondissement, balisage, éclairage, établissement de quais, etc.) et « pour l'utilisation d'engins et appareils que l'État n'est nullement tenu de mettre à la disposition des bateaux et que les chambres de commerce établissent à leurs risques et périls » (Note au D.P. 1906.3.17). Ce sont donc de véritables taxes représentant le prix d'un service rendu et, à ce point de vue, leur augmentation est assimilable à celle des tarifs de transports par chemin de fer ; or le Conseil d'État, nous le verrons, n'admet jamais que celles-ci puissent donner lieu à indemnité ; il nous semble donc que l'arrêt « Compagnie marseillaise » soit en contradiction avec la jurisprudence générale de la Haute Assemblée.

La seconde exception est relative à des *droits de douane* : par un marché en date du 16 février 1892, le sieur Degraeve, traitant avec l'État, s'était engagé à fournir des pavés et des pierres concassées pour l'entretien de plusieurs routes nationales ; en cours d'exécution, la loi du 29 mars 1910, portant révision du tarif général des douanes, doubla les droits d'entrée sur les pavés d'origine étrangère et établit une taxe nouvelle sur les pierres concassées de même provenance ; l'entrepreneur réclama une indemnité à l'État. Le Conseil d'État la lui accorda, mais en partie seulement : d'après le cahier des charges, une partie de la fourniture devait provenir de la Belgique, de la Suède et de la Norvège ; pour cette partie, l'État est condamné à rembourser les droits de douane ; au contraire, pour les matériaux que le sieur Degraeve pouvait librement se procurer dans les conditions ordinaires, soit en France, soit à l'étranger, l'augmentation des prix qui est résultée de la loi reste à sa charge. Et le Recueil Sirey commente cet arrêt ainsi qu'il suit : « Si la mesure d'intérêt général, la loi fiscale par exemple, frappe toute une catégorie de citoyens, il semble bien qu'il n'y aura aucune atteinte au contrat que dans le cas où la lésion atteint le 1/6 des prix (art. 33 des Ponts et Chaussées) ; mais si, au contraire, la mesure atteint particulièrement l'entrepreneur, soit par suite de la nature même du contrat, c'est le cas d'un entrepreneur communal qui ne peut échapper aux droits d'octroi, soit par suite d'une disposition spéciale et c'est le cas de l'espèce en ce sens que

l'entrepreneur qui est obligé de faire venir certains matériaux de l'étranger se trouve personnellement atteint par l'aggravation des droits de douane, il y aura lieu à indemnité » (31.5.18, Degraeve, R., p. 527).

Ce commentaire, qui cherche à justifier une jurisprudence un peu contradictoire, ne nous paraît qu'à moitié convaincant : il explique bien le cas Degraeve car l'État, en imposant une provenance étrangère pour la fourniture, puis en la frappant d'un droit de douane, prend une mesure spéciale contre son cocontractant ; celui-ci ne peut y échapper, alors que les autres fournisseurs de pavés peuvent le faire, en s'approvisionnant en France. Cependant il n'explique pas la différence faite par la Haute Assemblée entre les droits d'octroi et les impôts d'État : l'entrepreneur communal, dit-il, ne peut échapper aux droits d'octroi ; mais aucun fournisseur ne peut échapper aux droits de douane et aux impôts quels qu'ils soient ; la même règle devrait donc s'appliquer dans tous les cas ; et cette règle ne peut être que la suivante : à moins d'être perçu sur une matière dont une société possède le quasi-monopole de fabrication — et ce cas est excessivement rare — tout impôt entraîne un dommage général pour toute une catégorie d'individus ; il ne peut donc donner lieu à remboursement.

En réalité, *la jurisprudence du Conseil d'Etat est certainement contradictoire* et nous ne chercherons pas à l'expliquer en toute rigueur ; il nous suffit de constater :

1° *qu'elle condamne régulièrement les communes à rembourser les droits d'octroi à leurs cocontractants ;*

2° *qu'à deux exceptions près (taxes de péage dans un port et importation de pavés étrangers), exceptions d'ailleurs très discutables et bien difficiles à concilier avec la presque unanimité des arrêts, elle laisse toujours les impôts d'Etat à la charge des fournisseurs.*

Dans la pratique, si nous mettons à part le cas spécial des droits d'octroi, le Conseil d'État ne fait donc nullement la prétendue différence entre les lois à but social et les lois à but fiscal ; il considère les unes et les autres comme des lois générales que tous les citoyens doivent supporter, même s'ils ont passé un marché avec l'Administration.

SECTION III

Taxations

Les innombrables mesures de réglementation et de taxation prises pendant la guerre devaient, semble-t-il, être considérées comme des faits du prince types ; si l'État oblige un fournisseur à augmenter les salaires de ses ouvriers, s'il majore les prix imposés des matières nécessaires à l'exécution du marché, il doit supporter toutes les conséquences de la mesure prise par lui ; sinon, il lui serait loisible de régler à sa guise les gains de ses cocontractants, ou même de condamner ceux-ci au déficit.

Ainsi, quand il y a taxation, le fournisseur est dans les meilleures conditions possibles pour obtenir l'indemnité qu'il réclame.

Et cependant le Conseil d'État fait alors la distinction très nette, dont nous avons déjà indiqué la nécessité, entre l'aléa administratif et l'aléa économique ; *il recherche dans chaque cas quelle partie de la hausse imposée n'est qu'une simple constatation de l'état économique ; il la laisse à la charge du fournisseur et ne fait supporter à l'Etat que le surplus*. La décision essentielle à ce sujet est l'arrêt Fromassol (3.12.20, R., p. 1036 ; *Rev. Dr. pub.*, 1921, p. 73 et suiv., avec conclusions de M. Corneille, comm. du Gouvern. et note de M. Jèze) ; plusieurs autres arrêts ont été rendus dans le même sens (27.3.20, Consorts Féron, R., p. 377 ; 11.1.22, Leroy, R., p. 23 ; 12.2.23, Besson, R., p. 830 ; 17.3.26, Wattebled, R., p. 290 ; 14.3.28, Sagné, R., p. 358 ; 9.3.28, Scieries africaines, D.P. 30.3.13).

Dans ces divers cas, le débat soulevé est relatif au sens et à l'interprétation du marché, il ne peut donc être porté devant le Conseil d'État par un recours pour excès de pouvoir, formé sans ministère d'avocat (5.11.20, Fascio et Sauvaire, R., p. 931) ; peu importe que le marché soit exécuté dans les ateliers du fournisseur ou dans ceux de ses sous-traitants (14.3.28, Sagné, R., p. 358) ; mais, naturellement, l'élévation des salaires doit être postérieure à la signature du marché (18.7.23, Godet et Soc. ind. de Toulouse, R., p. 583) et antérieure à la date contractuelle de livraison (20.3.18, Dame

Villar, R., p. 267) ; et lorsque la taxation s'applique à des salaires autres que ceux du fournisseur et qu'elle a seulement augmenté ces derniers par répercussion indirecte, il n'y a pas lieu à indemnité (13.2.24, Grandchamp, R., p. 176).

De même, lorsque l'Etat taxe les matières premières, il doit au fournisseur une indemnité si l'augmentation décidée par lui n'est pas justifiée par les conditions économiques ; il ne doit rien dans le cas contraire ; et les autres solutions données ci-dessus à propos des salaires sont applicables (28.11.24, Tanti, R., p. 940, concl. de M. Mazerat, comm. du Gouv. ; Rev. Dr. pub., 1925, p. 76 et suiv., notes de M. Jèze ; 28.11.24, Vaudron, id. ; 28.11.24, Brulebois, id. ; 3.4.25, Chauvin, R., p. 391 ; 3.3.28, Scieries africaines, D.P. 30.3.13).

Un fournisseur d'orge, qui a négligé de s'approvisionner au moment de la récolte, alors que le décret beylical de taxation n'est intervenu que cinq mois plus tard, ne peut prétendre à aucune indemnité (4.3.25, Scemama, R., p. 231).

Nous avons vu d'autre part (chap. I, sect. II, B) que, si la fixation des salaires est prise en application des décrets Millerand, le fournisseur ne peut guère compter que sur la bienveillance administrative.

En résumé, quand il y a taxation de la main-d'œuvre ou des salaires, le fournisseur est dans les meilleures conditions possibles pour obtenir une indemnité ; mais il ne l'obtient presque jamais, parce que le plus souvent, selon le Conseil d'État, l'Administration n'a fait qu'enregistrer, « dans une forme peut-être un peu rude », l'état économique général.

Cette affirmation est parfois discutable et on pourrait se demander si les mesures de taxation prises par l'État, en particulier pendant la guerre, n'ont pas été une cause plutôt qu'un effet de la vie chère ; nous ne nous poserons pas cette question ; pour notre sujet, il nous suffit de constater que, *même dans le cas, très favorable pour lui, où il y a taxation, le fournisseur n'obtient que fort rarement une indemnité.*

SECTION IV

Fixation du prix des transports

Un fournisseur de l'État peut-il invoquer le fait du prince lorsque les prix des transports sont augmentés ? A première vue, on pourrait estimer que non, car les compagnies de chemin de fer et l'État ne forment certainement pas une seule et même personne morale. Mais, en réalité, les compagnies ne sont nullement maîtresses de leurs tarifs : pendant la guerre, ceux-ci étaient établis par des lois ; sous le régime de la loi du 29 octobre 1921, ils sont proposés par le Conseil supérieur des chemins de fer, mais établis par décret ; dans un cas comme dans l'autre, c'est donc le ministre des Travaux publics qui fixe les tarifs ; et, l'administration de l'État étant considérée comme une, il y a fait du prince pour tout marché passé par l'État. Le cas est analogue à celui des taxes de péage, que nous avons examiné plus haut.

Les tarifs de transport, établis par l'État, peuvent-ils donc être assimilés à des ressources fiscales ? Évidemment, les recettes faites par les compagnies ne sont pas leur propriété ; après avoir prélevé sur elles les primes de gestion et les sommes correspondant aux dépenses énumérées à l'article 15 de la loi, les compagnies versent l'excédent au fonds commun ; dans le cas, malheureusement le plus fréquent, où il y a déficit, celui-ci est comblé par l'État ; les majorations de tarifs sont donc faites surtout dans l'intérêt de ce dernier ; ceci est particulièrement apparent lorsqu'il s'agit des chemins de fer de l'État et il semblerait qu'ici encore l'unité de l'administration puisse être invoquée. Mais ce n'est là qu'une apparence ; les droits de transport, même sur les chemins de fer de l'État, ne sont pas assimilables à des impôts, mais plutôt à des taxes, puisqu'ils correspondent à des avantages accordés et à des services rendus. Citons à ce sujet l'arrêt Grandchamp (13.2.24, R., p. 176) : « Considérant que les sommes versées par le requérant aux compagnies de chemin de fer ou à l'administration des chemins de fer de l'État, à raison des transports effectués pour lui, n'ont

présenté, à aucun titre, le caractère d'impositions perçues par l'État... »

Il nous semble donc que la majoration des tarifs de transport, comme d'ailleurs la création de droits de péage, soit assimilable à la taxation des salaires ou des matières : en conséquence, si cette majoration ne fait qu'adapter les tarifs aux conditions économiques, elle ne donne droit à aucune indemnité ; si, au contraire, elle les majore plus que ne l'exigeraient les conditions économiques, il y a fait du prince justifiant une indemnité. Or, en règle générale, non seulement les majorations de transport n'ont pas dépassé l'adaptation normale aux conditions économiques, mais elles sont restées en deçà.

Au contraire, l'impôt sur les transports est essentiellement une loi fiscale ; mais son caractère général et son application à tous les industriels et commerçants empêchent d'en faire une base pour la révision.

Il ne reste plus comme base possible pour cette révision que l'article 33 lorsqu'il s'agit de marchés de travaux publics et l'imprévision dans tous les cas.

Une réclamation basée sur l'article 33 nécessite une augmentation de la dépense totale au moins égale à 10 % (4.3.27, veuve Mercier, R., p. 292), ce qui est bien difficile pour la seule cause d'une augmentation des transports.

Quant à l'imprévision, elle est soumise aux règles habituelles ; il faut en particulier que l'augmentation n'ait pu être prévue ; or le Conseil d'État décide toujours que les conditions économiques rendaient un relèvement prévisible et même certain ; il faut aussi que l'économie du contrat soit bouleversée, ce qui n'est généralement pas possible pour une simple augmentation des transports.

Toutes ces solutions sont explicitement consacrées par plusieurs arrêts du Conseil d'État, qui refuse invariablement toute indemnité (4.3.27, veuve Mercier, R., p. 292 ; 14.3.28, Sagné, R., p. 358 ; 6.8.24, Mayer, R., p. 804 ; 14.5.26, Pouillard, R., p. 498 ; 6.3.30, Roturier, R., p. 255).

Donc, en pratique, il est à peu près impossible de justifier une demande de révision à propos d'une augmentation des tarifs de chemins de fer.

Si nous considérons maintenant les tarifs de fret, les bases de révision sont encore moins nombreuses car l'État n'a sur ces tarifs aucune influence en temps de paix ; toutefois, les variations sont beaucoup plus importantes dans les deux sens, et par conséquent l'imprévision peut jouer plus facilement ; l'État l'a admise dans l'arrêt Blanzky (24.1.23, R., p. 55) dont nous avons signalé le caractère exceptionnel et illogique (chap. I, sect. II, c, h, 3, 3°) ; il l'a refusée dans l'arrêt Marcesche (22.7.25, R., p. 90) parce que, « les requérants ayant eu à leur disposition des navires leur appartenant, les sommes réclamées de ce chef correspondent non à un préjudice, mais à un manque à gagner » ; cet argument nous paraît très discutable, car si la hausse des frets était due à une hausse réelle du charbon et de la main-d'œuvre, elle était subie par un fournisseur possédant des bateaux et il s'agissait bien alors d'un préjudice véritable ; mais, si elle était purement spéculative, le Conseil d'État aurait dû en faire mention dans ses considérants, afin de justifier son arrêt.

Quoi qu'il en soit, le résultat est le suivant : négligeons l'arrêt Blanzky qui, nous l'avons vu, résulte d'une erreur et s'explique par l'analogie apparente du cas examiné avec celui des marchés de concession ; cet arrêt mis à part, *le Conseil d'Etat a toujours refusé d'indemniser un fournisseur pour augmentation des frais de transport*, qu'il s'agisse des tarifs de chemins de fer ou des frets.

SECTION V

Autres faits de l'Administration

Nous avons ainsi examiné les principales catégories de faits de l'Administration : lois sociales, mesures fiscales, taxations des salaires, des matières, des frais de transport. Voyons maintenant ce que décide le Conseil d'État dans les autres cas.

Il accorde une indemnité aux concessionnaires lorsque la réglementation exceptionnelle des charbons a entraîné la hausse des

combustibles, et par suite l'augmentation du prix de revient du gaz et de l'électricité (voir par ex. 24.11.22, Ardouin / Ville de Beaune, R., p. 867 ; 19.6.26, Ardouin, R., p. 192) ; mais c'est ici un simple cas particulier de la jurisprudence relative à l'imprévision ; la solution eût été la même si l'État n'avait pas été pour rien dans la hausse ; il n'y a donc pas là une application de la théorie du fait du prince.

Par contre, le Conseil d'État refuse une indemnité lorsque la hausse est due à une des causes suivantes : entraves au libre jeu de la concurrence (13.2.24, Grandchamp, R., p. 176), augmentation considérable des commandes (1.6.21, Gotié, R., p. 530), intervention abusive de l'État dans une grève (27.12.22, Jardin, R., p. 995), grève soi-disant due au refus de l'Administration de consentir au relèvement des prix du marché (6.12.29, Desmares et Rouffet, R., p. 1091), non application par l'Administration d'un décret régulièrement promulgué (14.3.24, Messageries fluviales de Cochinchine, R., p. 297), interdiction de la main-d'œuvre étrangère (29.4.98, Gille et Bellet, R., p. 341), non fourniture de charbon pendant la guerre (5.1.26, Grands Travaux de Marseille, R., p. 454 ; 9.1.30, id., R., p. 23), suppression de la parité entre la monnaie hassani et la monnaie française (7.1.25, Zecchetti et Ray, R., p. 18), variations du cours officiel de la piastre fixé par l'Administration (4.3.25, Casabianca, R., p. 233 ; 21.11.28, Jullien, R., p. 1199).

Naturellement, *ni la guerre en elle-même, ni la mobilisation, ni leurs conséquences ne sont considérées comme des faits du prince* ; les arrêts à ce sujet sont très nombreux ; nous en avons dit quelques mots à propos de la force majeure et de l'état de guerre.

Mais l'État qui interrompt une fabrication et la fait ensuite reprendre, est responsable de tous les suppléments de charge qu'il a ainsi occasionnés (chap. V, sect. II, B, a, 3) ; c'est là d'ailleurs une simple application du droit commun ; la solution serait la même entre des contractants quelconques ; et elle ne peut être modifiée sous prétexte que l'un d'eux est l'État, puisque la mesure prise crée un dommage essentiellement spécial au fournisseur considéré. Elle est en réalité une intervention directe de l'État dans le contrat ; nous n'avons pas à en parler ici, car nous supposons toujours que la fourniture à livrer reste invariable et que l'intervention de l'État, extérieure au contrat, ne réagit qu'indirectement sur lui.

* * *

Ainsi donc, en nous bornant strictement à notre sujet, nous pouvons dire que le Conseil d'État n'a jamais accordé d'indemnité à un fournisseur de l'Administration en dehors des cas suivants :
création ou augmentation des droits d'octroi, pour les seuls marchés passés par les communes,

droits de péage d'un port, considérés non comme des impôts, mais comme le simple remboursement d'un service rendu (un arrêt).

création ou augmentation de droits de douane lorsque le marché impose la fourniture de matières achetées à l'étranger (un arrêt),

mesures de taxations par lesquelles les salaires ou les matières sont augmentées dans des proportions supérieures à ce qu'exigeraient les conditions économiques.

C'est tout et c'est peu, parmi la quantité innombrable des cas qui se sont présentés dans la pratique ; et encore certaines des solutions indiquées ci-dessus sont-elles des décisions isolées, peu conciliables avec la jurisprudence générale du Conseil d'État et peut-être exceptionnelles et sujettes à modification.

Nous ne rechercherons pas si la Haute Assemblée, sur ce point particulier, défend assez les droits de l'individu contre l'omnipotence de la puissance publique et si l'intérêt même de l'Administration ne commanderait pas d'augmenter sa responsabilité pour développer en même temps sa prudence ; nous constaterons seulement que *si les fournisseurs ont un peu plus de chance d'être garantis contre l'aléa administratif que contre l'aléa économique, ils ne peuvent espérer une indemnité que dans des cas exceptionnels.*

Comme ils l'avaient fait pour l'aléa économique, ils vont donc demander que l'aléa administratif soit formellement écarté par le contrat.

CHAPITRE VIII

Les clauses de révision pour aléa administratif

Cependant ici, avant le recours aux clauses de révision, un premier procédé se présente à l'esprit, qui n'était pas possible avec l'aléa économique : *le contrat pourrait préciser que l'Administration renonce à certaines de ses prérogatives*, par exemple à établir des taxes d'octroi sur les objets nécessaires à la fabrication des fournitures en cause, à augmenter les droits de douane les concernant, à interdire leur importation, à aggraver les charges sociales de l'entreprise, etc. ; mais les auteurs admettent généralement que de pareilles clauses seraient illégales ; selon eux, l'Administration ne peut renoncer à exercer ses droits de police, qui sont sa raison d'être, sans « désertier son poste » et nuire à l'intérêt général ; il lui serait donc loisible de violer les engagements pris par elle, ce qui enlèverait tout intérêt à de telles clauses (1).

Nous ne discuterons pas pareille thèse, qui tend à mettre l'État au-dessus de la loi commune, en lui permettant de renier sa parole ; il suffit qu'elle puisse être discutée pour que la renonciation à accomplir le fait du prince perde son intérêt.

Il est beaucoup plus simple d'arriver au même résultat en introduisant dans le marché une clause de révision : ainsi l'État conserve tous ses droits, mais il doit, quand il l'a promis, supporter les con-

(1) Fortuna, *Le fait du prince*, p. 20 et 21.

séquences de ses actes ; le principe de la souveraineté publique est sauf, et le fournisseur obtient, en pratique, ce qu'il désirait.

Les clauses de révision ne présentent pas de différence essentielle suivant que l'acte administratif visé par elles a ou n'a pas été commis par l'administration contractante elle-même ; le présent chapitre comportera donc un domaine plus étendu que les précédents ; il ne sera plus limité au fait du prince ; il étudiera dans leur ensemble les clauses de révision pour aléa administratif, en cessant de supposer qu'il y a identité entre l'acheteur et l'auteur de l'acte.

D'autre part, à propos de chaque acte, nous envisagerons successivement la révision dans la pratique en l'absence de toute clause et les clauses de révision en elles-mêmes.

Les principaux actes administratifs ayant donné lieu à des clauses de révision sont : la loi de 8 heures, la loi des assurances sociales, les autres lois sociales, les modifications de taxes, impôts et tarifs de transport.

SECTION I

La loi de huit heures

La loi de 8 heures a eu sur les marchés une répercussion directe et une répercussion indirecte.

A. — RÉPERCUSSION DIRECTE

La loi de 8 heures, en prescrivant que le salaire journalier ne serait pas modifié, augmentait le salaire horaire et par suite les prix de revient ; les fournisseurs réclamèrent donc des indemnités ; mais, nous l'avons vu, de nombreuses décisions jurisprudentielles refusèrent d'admettre cette cause de révision, qu'elle soit basée sur le fait du prince ou sur l'imprévision.

Cependant, *une fois de plus, la Marine se montra beaucoup plus large que la jurisprudence*. Le titulaire d'un marché du 17 mai 1919, pour fourniture d'une baleinière de sauvetage, réclamait

une majoration ; l'attitude de la jurisprudence eut été certaine, puisque le marché était postérieur à la loi ; au contraire, le ministre de la Marine fit savoir le 28 août 1919 au port de Lorient qu'il conviendrait d'assimiler la loi de 8 heures aux diverses mesures imposées aux fournisseurs par les pouvoirs publics au cours des hostilités ; il refusait le droit à indemnité, basé sur le fait du prince mais reconnaissait aux fournisseurs le droit de faire appel à la théorie de l'imprévision ; leur demande devait alors être examinée suivant les principes posés par la circulaire du 17 janvier 1919 en déterminant :

1^o le surcroît effectif de dépenses imposé au fournisseur ;

2^o la part de ce surcroît de dépenses qui doit rester à la charge du fournisseur comme entrant dans les aléas normaux du marché.

Comme suite à cette décision, les Constructions navales transmirent en août 1919 un dossier évaluant à 25 % le surcroît de dépenses sur la main-d'œuvre, puisque la loi maintenait pour 8 heures le même salaire journalier qu'auparavant pour 10 heures ; elles proposaient de considérer 5 % comme un aléa normal et d'accorder au fournisseur une majoration de 20 %. Le ministre refusa le 2 septembre 1919, en faisant remarquer que la révision ne pouvait être automatique et ne devait résulter que de justifications précises ; il ajoutait que la majoration ne semblait pas atteindre le taux de 25 % dans la région de Nantes ; pour que cette constatation fut exacte, il aurait fallu soit que la loi n'ait pas été appliquée soit qu'elle ait entraîné une importante augmentation de rendement ; nous verrons prochainement ce que pense le Conseil d'État au sujet de cette dernière hypothèse.

Dans le cas particulier d'ailleurs, la Marine n'avait pas agi de sa propre initiative, mais des directives communes ou tout au moins des conseils avaient été donnés aux diverses administrations : une Commission interministérielle s'était réunie le 7 juillet 1919 en vue d'adopter des règles communes à tous les marchés de fournitures de l'État ; les ministères avaient successivement approuvé les propositions faites par cette commission ; ainsi le 19 juillet, par lettre 567 I I/M, le ministre de la Reconstitution industrielle avait donné un avis conforme ; le 29 juillet, le sous-secrétaire d'État de l'Administration de la Guerre l'avait imité et avait adressé aux autres ministères une note exposant les directives qu'il donnait à

ses services ; le secrétaire général de la Marine décida le 3 septembre que ces directives seraient appliquées également dans son département ; enfin, le 9 septembre 1919, il confirmait à nouveau sa position : les fournisseurs peuvent baser une demande d'indemnité sur la théorie de l'imprévision mais non sur le fait du prince ; les règles générales à adopter sont celles qu'établit la circulaire du 17 janvier 1919.

Nous savons que c'est résoudre la question par la question, puisque cette fameuse circulaire n'a jamais conduit à aucun résultat pratique (chap. III).

Nous n'en devons pas moins marquer d'un caillou blanc la solution donnée à ce sujet : *une commission interministérielle avait réussi à donner des directives générales* et les différents ministères avaient consenti à les accepter ; saluons au passage ce fait exceptionnel.

B. — RÉPERCUSSION INDIRECTE

En plus de cette répercussion directe, *la loi de 8 heures réagit indirectement sur les révisions de prix par l'intermédiaire des pénalités* ; en effet, les fournisseurs demandèrent des exonérations de pénalités puisqu'ils avaient prévu en signant leurs contrats que leurs ouvriers travailleraient 10 heures et qu'il ne pouvaient plus les employer que 8 heures ; ces exonérations furent accordées ce qui, repoussant les dates contractuelles de livraison, augmentait d'autant la révision à octroyer pour hausse des salaires et de la main-d'œuvre.

Citons à ce sujet le cas des sous-marins type *O'Byrne* réquisitionnés par la Marine alors qu'ils étaient à Chalon en construction pour les gouvernements turc et roumain ; le Conseil d'État prolongea leurs délais contractuels, ce qui entraîna une forte augmentation de la révision. Une première prolongation résultait de la réduction de la journée de travail de 11 à 10 heures au moment de l'armistice ; la Marine avait refusé d'en tenir compte (D.M. 85 C.N.3 du 12.7.26) parce que la journée de 11 heures n'était que provisoire ; le Conseil d'État (Schneider, 14.2.30, R., p. 188) admit cependant le motif invoqué par la société requérante mais en réduisit les conséquences parce que « le fournisseur avait négligé d'employer aux sous-

marins, malgré les suggestions qui lui étaient faites à cet égard par le Service de la Surveillance, des ouvriers rendus libres par l'arrêt de certaines fabrications de guerre ». La deuxième prolongation résultait de la journée de 8 heures ; le ministre en avait admis le principe par décision du 30 juillet 1926 ; le fournisseur réclamait une prolongation de 25 % du délai restant à courir puisqu'un temps de travail de 125 serait réduit à 100 ; mais la Marine se basait sur les discussions de la loi pendant lesquelles ses défenseurs les plus enthousiastes avaient démontré que l'ouvrier moins surmené travaillerait mieux et que le travail total dans une journée ne diminuerait pas ; certains prétendaient même qu'il augmenterait peut-être... ; la Marine n'allait pas si loin et ne proposait pas de diminuer le délai contractuel... ; elle ne voulait même pas le maintenir inchangé ; elle se contentait de réduire son augmentation à 20 % au lieu de 25 % pour tenir compte d'une partie tout au moins de l'amélioration escomptée sur le rendement horaire. Or l'arrêt du Conseil d'État décide « qu'il ressort des pièces versées au dossier que ladite diminution de rendement doit être évaluée à 25 %, et non à 20 % comme l'a fait le ministre », ce qui revient à dire que l'amélioration du rendement horaire est rigoureusement nulle, contrairement à l'opinion émise au Parlement.

Ainsi, le plus souvent, les défenseurs d'une loi, au lieu d'en balancer les inconvénients certains par des avantages plus grands, nient l'existence du moindre inconvénient, pour mieux faire passer la pilule.

SECTION II

Les assurances sociales

La révision de prix résultant de la loi sur les assurances sociales est à la fois la plus typique, la plus importante et la plus actuelle des questions de révision posées par les lois sociales nouvelles : nous l'étudierons avec quelques détails.

La loi sur les assurances sociales datait du 5 avril 1928, mais

ne devait entrer en vigueur qu'en 1930 ; dès le début de 1929, les fournisseurs, qui s'inquiétaient de ses répercussions possibles, demandèrent à en être déchargés ; ils n'avaient plus à s'inquiéter des hausses de salaires et des variations de prix, dont l'État avait endossé les conséquences ; il leur semblait à fortiori naturel que l'État, responsable de la loi sur les assurances sociales, en assumât toutes les conséquences pour ses propres marchés.

Leurs prétentions furent repoussées par la presque totalité des Départements ministériels, mais très rapidement acceptées par la Marine.

A. — LES CLAUSES INTRODUITES PAR LA MARINE

Dès le 3 juillet 1929, le C.C.M.I. décidait d'introduire dans les nouveaux marchés une clause « assurances sociales », à compter du 15 juillet 1929, sauf contre-ordre de l'autorité supérieure ; mais, le 6 juillet, le ministre décida que la cotisation de 5 %, prévue à ce moment, devait rester entièrement à la charge des employeurs, comme le voulait la loi.

Le président de la C.C.M.I. insista pour que cette décision fut annulée ; il faisait valoir que, conformément à la règle de principe admise à l'instigation du Contrôle administratif et sanctionnée par le ministre, les assurances sociales, charges de caractère général, devaient rentrer dans les révisions de prix ; sinon, les fournisseurs se couvriraient largement, de sorte que les prix payés par la Marine seraient finalement supérieurs aux débours réels ; le président de la C.C.M.I. rappelait « que celle-ci avait toujours admis que, dans un contrat, il convenait, pour obtenir les prix les plus bas, et pouvoir les discuter utilement, de ne jamais laisser à la charge des fournisseurs que le minimum d'aléas imprévisibles impossibles à écarter ». En réalité, cet avis résultait d'une évolution très nette : jusqu'en 1926, la C.C.M.I., partageant d'ailleurs l'avis de tous les services de la Marine, était vivement hostile aux clauses de révision.

La Commission proposa donc le 12 juillet une nouvelle clause qui, sans prononcer les mots « assurances sociales », permettait d'en tenir compte ; le 30 juillet 1929, le ministre refusa de faire intervenir, même indirectement, les assurances sociales dans la révision. Mais, vraisemblablement à la suite d'une démarche de

certaines fournisseurs, il revint sur cette décision le 20 août 1929, en indiquant d'ailleurs qu'il ne faisait que la compléter...

A partir de cette date, les Constructions navales précisent dans leurs nouveaux contrats que les salaires servant de base à la révision de prix comprendront soit « les charges qui viendraient à être imposées au titre de la loi sur les assurances sociales » soit « les cotisations patronales prévues par la loi sur les assurances sociales » ; la première de ces clauses est vague et par conséquent dangereuse ; la deuxième, trop précise, est très critiquable car elle ne tient aucun compte des charges sociales prévues par la loi et que beaucoup d'industriels assuraient déjà bénévolement à leur personnel ; elle a obligé la Marine à majorer d'environ 4 % la partie révisable suivant les salaires de tous les marchés correspondants, alors qu'en réalité la dépense du fournisseur était beaucoup moindre. La Commission refusa d'ailleurs, le 13 novembre 1929, d'expliciter dans une formule ce mode de révision, mais, en fait, la clause qu'elle avait adoptée y conduisait infailliblement de manière implicite.

Le 11 décembre 1929, le chef de la Section administrative du Cabinet fait savoir à la C.C.M.I. que la clause adoptée depuis 3 mois 1/2 doit être modifiée et ne plus tenir compte que des charges supplémentaires. La rédaction exacte de la nouvelle clause est discutée entre les divers services ; deux courants se manifestent : d'un côté, les Constructions navales et la C.C.M.I. sont d'avis d'étendre le plus possible la clause de révision ; après l'avoir appliquée à la totalité des charges, ces services veulent l'introduire même dans les marchés peu importants ; ils estiment toujours que, *moins il est laissé d'aléas à la charge des fournisseurs, plus il est facile à la Marine de serrer les prix de près et d'obtenir des réductions quand ces prix sont exagérés* (C.C.M.I., 30.12.29). D'un autre côté, l'Artillerie navale et la Commission centrale des marchés commerciaux (62 du 10.2.30) sont hostiles à la révision ; la Direction centrale de l'Artillerie navale fait remarquer (218 Art. 2 et 219 bis Art. 2 du 10 janvier 1930) que les frais généraux comprennent souvent une couverture contre tous risques (rabais, pénalités, rebuts et, vraisemblablement, application de la loi sur les assurances sociales) ; la Marine ne pouvant pratiquement vérifier la façon dont sont calculés les frais généraux risque donc de payer deux fois les con-

séquences de la loi : une première fois implicitement dans les frais généraux inclus dans le prix de revient et une deuxième fois explicitement lors de la révision de prix.

Placé en face de ces tendances contradictoires, le sous-secrétaire d'État prend parti le 16 janvier 1930 ; par D.M. 29 Cab. (B.O. n° 3 du 30.1.30, p. 61), il adopte la première thèse : « Dans l'impossibilité, dit-il, où se trouve présentement l'industrie de chiffrer exactement la charge supplémentaire devant résulter pour elle de la loi sur les assurances sociales, la plupart des fournisseurs évaluent cette charge au maximum, ce qui expose la Marine à payer un supplément de prix supérieur à la charge qui sera réellement subie par l'industrie. Un risque aussi fâcheux pour le Trésor doit, à moins d'impossibilité, être écarté. Or ce résultat peut être obtenu : il suffit que la Marine prenne expressément à son compte la surcharge effective résultant pour les industriels de l'application de la loi, tout au moins dans les contrats passés au cours de quelques mois à venir, jusqu'à ce que le montant de cette surcharge puisse être chiffré exactement. Ainsi la Marine supportera le poids de cette surcharge, mais rien de plus : délivrés de toute inquiétude en ce qui concerne la répercussion sur leurs prix de revient de l'application de la loi nouvelle, les industriels pourront nous consentir des prix en rapport exact avec la situation économique proprement dite. L'insertion de la clause en question aura, en outre, l'avantage de rendre bien souvent inutile la clause ordinaire de révision de prix, à laquelle nombre de fournisseurs sont encore attachés ». Nous verrons plus tard si ces belles espérances se sont réalisées ; pour leur donner corps, le sous-secrétaire d'Etat décidait que tous les marchés conclus au cours des prochains mois contiendraient une clause de révision faisant état des charges supplémentaires provenant de l'application de la loi.

Le texte exact de cette clause fut précisé par circulaire ministérielle du 7 février 1930 publiée au *Journal Officiel* (B.O. n° 6 du 28.2.30, p. 190) ; c'était le suivant : « Le prix forfaitaire du présent marché ayant été établi sans tenir compte des charges d'assurances sociales, si la mise en application de la loi sur les assurances sociales a effectivement pour conséquence de nous créer des charges supplémentaires, la Marine nous tiendra compte de cette nouvelle

situation dans la mesure de nos justifications après déduction des charges de même nature déjà assumées par nous. Il en sera de même des charges sociales supplémentaires qui seraient imposées par d'autres lois ».

Dès le 14 mars 1930, le journal *L'Usine*, organe des métallurgistes, manifestait une vive et très compréhensible satisfaction au sujet de cette mesure.

Par circulaire 77 Int. 4 du 18 mars 1930 (B.O. n° 9 du 30.3.30, p. 394), le nouveau sous-secrétaire d'État précisait que la clause ne devrait s'appliquer qu'aux fournitures spéciales à la Marine et nécessitant une fabrication postérieure à la conclusion du contrat ; les marchés ne comportant aucune fabrication et concernant des fournitures de toutes natures pour lesquelles il existe des prix courants de vente, des catalogues ou des mercuriales, devaient au contraire contenir la clause suivante, pour plus de sûreté et bien que les termes formels du paragraphe 5 de l'article 2 des Conditions générales soient déjà suffisamment précis : « La mise en application de la loi sur les assurances sociales ne pourra donner lieu à révision des prix stipulés au présent marché ».

Le sous-secrétaire d'État précisait également que *la clause de révision couvrirait les fournisseurs, non seulement des charges effectives supplémentaires qui leur sont personnellement imposées par la loi, mais encore des répercussions directes de son application sur les salaires de leurs propres ouvriers*. Autrement dit, bien que la cotisation dite ouvrière doive, aux termes de la loi, rester à la charge de l'ouvrier, les patrons en ont souvent pris à leur charge soit une partie soit la totalité, sous forme indirecte (augmentation de salaires, prime de fidélité, etc.) : l'État se déclarait prêt à les indemniser également de cette charge bénévole. D'ailleurs, dans les marchés révisables qui sont à la Marine la grande majorité, ce dédommagement était déjà automatique puisque les clauses de révision tiennent compte de toute augmentation de salaires ou d'indemnités.

La nouvelle loi sur les assurances sociales fut promulguée le 30 avril 1930 ; les règlements d'administration publique et les décrets d'application parurent rapidement et la loi entra en vigueur le 1^{er} juillet 1930 ; les fournisseurs connaissaient exactement les charges nouvelles, ils pouvaient donc en tenir compte dans leurs

devis ; la clause n'avait plus aucune raison d'être ; c'est l'opinion qu'émirent la C.C.M.I. le 18 juin 1930 et la Direction centrale de l'Artillerie navale le 30 juin 1930 (5.093 Art. 2) ; cette dernière estimait incertain que les clauses dussent se traduire par un gain pour la Marine et annonçait que de grosses contestations étaient à prévoir pour leur application pratique.

Malgré ces avis, le sous-secrétaire d'État attendit jusqu'au 28 octobre 1930 avant d'abroger ses instructions antérieures (B.O. n° 32 du 20.11.30, p. 801) ; tous les marchés passés jusqu'en novembre contiennent donc la clause de révision ; ils se chiffrent au total par des sommes très importantes ; or il est fort probable qu'après le 1^{er} juillet 1930, les fournisseurs ont fait leurs prix en tenant compte de la loi et que la Marine a ainsi payé deux fois les charges supplémentaires. Il est donc regrettable que les suggestions très nettes des services n'aient été adoptées en haut lieu qu'avec un retard de plusieurs mois.

En définitive, *plusieurs centaines de marchés passés par la Marine entre la fin de 1929 et novembre 1930 contiennent une clause de révision relative aux assurances sociales* ; les clauses adoptées sont de trois types différents mais ont ce point commun de n'établir qu'un principe, sans aucune modalité d'application ; les difficultés qui s'étaient produites à propos des clauses de principe jusqu'en 1926 devaient donc fatalement se répéter, comme l'Artillerie navale l'avait prédit à plusieurs reprises.

B. — LEUR APPLICATION DANS LA PRATIQUE

Il est facile d'introduire dans un marché une clause de révision en fonction d'un paramètre quelconque, il l'est beaucoup moins d'en assurer l'application pratique et de transformer de vagues indications en directives précises et indiscutables ; mais les services qui établissent les clauses n'étant généralement pas ceux qui les appliquent ont tendance à se cantonner dans les grands principes et à négliger les difficultés d'application.

C'est ce qui fit ressortir une fois de plus la question de la révision « assurances sociales ».

Plusieurs centaines de marchés en établissaient le principe ; comment l'appliquer ? C'est ce que demanda dès le 24 octobre

1930, par note 3801, la Sous-inspection des fabrications d'Artillerie navale du Creusot ; ce service examinait la question en détail et proposait une méthode complète pour en assurer l'application pratique. Quatre mois plus tard, le Service de la Surveillance adressait à son tour (note 179 du 28.2.31) des propositions détaillées, mais qui négligeaient cependant certains points exposés par l'Inspection des fabrications, en particulier la nécessité de considérer trois et non deux périodes de révision, comme nous l'expliquerons ultérieurement.

Les Services centraux trouvèrent plutôt embarrassantes les questions qui leur étaient posées ; le sous-secrétaire d'État, non moins embarrassé, chargea la C.C.M.I. de procéder à leur étude et de lui soumettre des propositions (D.M. 79 C.N.3 du 26 mars 1931). Instigatrice de la révision mais elle aussi bien gênée pour l'appliquer en pratique, la C.C.M.I., par note du 19 mai 1931, conclut « à la passation, en fin de fourniture, d'un acte additionnel par le service même qui a passé le marché en utilisant les renseignements fournis par la surveillance en usine », ce qui était résoudre la question par la question ; elle proposait aussi la communication de la note de l'Inspection des fabrications au Service de la Surveillance et réciproquement, afin que chaque service puisse utiliser les bonnes idées de l'autre, mais elle s'abstenait de les départager.

En somme, les services qui avaient introduit les clauses de révision, mis au pied du mur, ne donnaient aucune directive pour leur application.

Et cependant le vin était tiré, il fallait le boire ; les clauses avaient été introduites, il fallait les appliquer ; les industriels intéressés n'étaient nullement disposés à laisser dormir une embarrassante question ; ils demandaient à toucher des plus-values qu'ils exagéraient parfois mais dont le principe n'en était pas moins indiscutable.

Le *premier système* qui se présentait à l'esprit était l'*application littérale du texte des marchés* : sa rigueur logique devait naturellement tenter les cerveaux épris d'absolu ; mais les exécutants chargés de l'appliquer devaient, en descendant dans la vulgaire pratique, se heurter à d'infranchissables difficultés.

Toutes celles que nous avons rencontrées à propos des clauses de principe se renouvelaient d'abord ici : il était en effet nécessaire

de faire le compte exact de la main-d'œuvre employée à chaque fourniture ; nous avons décrit au chapitre III les impossibilités matérielles auxquelles conduisait pareille recherche. Mais, dans le cas présent, elles n'auraient été qu'un commencement : il aurait ensuite fallu répartir cette main-d'œuvre dans la période du 1^{er} juillet au 1^{er} octobre 1930 et dans les deux périodes antérieure et postérieure ; vérifier avec soin les cotisations patronales versées depuis l'application de la loi ; et surtout discuter avec le fournisseur toutes les charges supprimées par cette application, étudier en détail ses œuvres sociales et rechercher quelle partie des charges supplémentaires était imputable aux salaires réellement dépensés pour la fourniture considérée.

Pareille entreprise, faisant fi de toutes les expériences antérieures, était tout à fait impraticable ; elle fut pourtant défendue par certains services.

D'autres, plus objectifs, reconnurent l'impossibilité des justifications exactes ; ils adoptèrent donc un *deuxième système*, celui du forfait. Ils jugeaient inutile de refaire une fois encore toute l'expérience des clauses de principe et préféraient passer tout de suite à l'automatisme, en adoptant des *évaluations forfaitaires* : mais ces directives furent poussées à l'extrême par certains exécutants, qui tombèrent dans l'excès opposé ; on voulait simplifier ? Le moyen le plus efficace pour y parvenir n'était-il pas d'appliquer un pourcentage uniforme de majoration à tous les marchés ? Il serait établi d'après le résultat obtenu pour les rares révisions que l'on avait pu régler, avec beaucoup de peine d'ailleurs ; on admettrait tout au plus une très légère marge pour permettre quelques marchandages avec les fournisseurs.

Évidemment, ce deuxième système supprime toute discussion avec le fournisseur auquel on ne demande plus rien, le calcul de la révision est immédiat ; les centaines de marchés qui comportent la clause sont réglés d'un seul coup.

Mais ce serait trop beau si le problème posé pouvait se régler aussi simplement : les charges supprimées étaient trop différentes pour qu'il fût possible de les uniformiser ; dans certaines usines, elles se réduisaient aux versement pour les retraites ouvrières, soit environ 0,08 % ; dans d'autres au contraire, elles atteignaient des

valeurs considérables, allant jusqu'à 2,5 % quand les œuvres sociales étaient particulièrement développées ; on ne pouvait cependant assimiler les unes aux autres, sans faire ici un cadeau injustifié et imposer là une pénalité tout aussi injustifiée. On ne pouvait non plus assimiler deux marchés dont l'un aurait été presque terminé le 1^{er} juillet 1930 et l'autre à peine commencé à cette date ; on ne pouvait enfin négliger les différences considérables existant entre les pourcentages de main-d'œuvre contenus dans les prix de divers marchés.

L'adoption de pourcentages fixes était certes extrêmement simple ; mais leur application sans nuances risquait d'être un peu simpliste.

En réalité, les deux systèmes que nous avons exposés sont excessifs l'un et l'autre ; le premier veut suivre la lettre des marchés de si près qu'il est incapable d'aboutir à aucun résultat pratique ; le deuxième s'en écarte tellement qu'il finit par devenir un simple jeu du hasard ; le premier est trop ambitieux, le deuxième ne l'est pas assez ; une part de forfait est indispensable, un minimum de justifications ne l'est pas moins.

Les services qui voulaient aboutir de façon à la fois rapide et logique devaient donc rechercher une *solution qui concilie ces exigences contradictoires* ; la plus complète d'entre elles a été donnée le 24 octobre 1930 par la Sous-inspection des fabrications d'Artillerie navale du Creusot ; nous allons en exposer les grandes lignes.

Tout d'abord, nous avons rencontré trois clauses différentes :

a) la première clause des Constructions navales qui fait rentrer la cotisation patronale dans le salaire moyen défini par les formules de révision ; elle accorde ainsi au fournisseur une indemnité supérieure aux débours qui lui sont imposés puisqu'elle ne tient aucun compte des charges antérieures ; en tous cas, il y aurait lieu de l'interpréter en incorporant au salaire moyen non la contribution patronale réelle mais celle qui devrait être versée par l'employeur, si l'ouvrier ne percevait que le salaire défini par les formules de révision ; en effet, la cotisation patronale est basée sur le salaire total et les formules de révision sur le salaire d'affûtage seul, sans primes ni bonis ;

b) la deuxième clause des Constructions navales qui indemnise

le fournisseur « des charges qui viendraient à lui être imposées au titre de la loi sur les assurances sociales » ; cette rédaction, quoique préférable à la première, peut encore prêter à confusion ; certains fournisseurs ont prétendu qu'elle concernait les charges nouvelles ; il semble bien qu'elle ait seulement eu en vue les charges supplémentaires car les dépenses qui, de bénévoles, deviennent légales, ne font que changer de nom et ne peuvent être considérées comme des charges imposées ;

c) la clause de la circulaire du 7 février 1930 (B.O., p. 190) qui ne vise que les charges supplémentaires.

La Sous-inspection du Creusot proposait qu'une *réglementation uniforme*, basée sur l'esprit de la circulaire du 7 février 1930, soit *appliquée sans exception à tous les marchés* des catégories *a, b, c*.

Comment évaluer les charges supplémentaires ? Il est nécessaire, à ce sujet, de distinguer *trois périodes* :

A. Avant le 1^{er} juillet 1930, la loi n'était pas en application, aucune révision de prix n'est donc à prévoir.

B. Entre le 1^{er} juillet 1930 et le 1^{er} octobre 1930, les cotisations étaient versées intégralement par le patron et l'ouvrier, mais aucune prestation n'était encore touchée par ce dernier ; donc le patron versait intégralement ses cotisations mais il continuait à supporter les mêmes dépenses pour les soins médicaux, produits pharmaceutiques, etc. ; les seules charges supprimées par l'application de la loi sur les assurances sociales consistaient donc dans les versements légaux pour les retraites ouvrières, éventuellement dans les versements volontaires faits par les industriels à la Caisse nationale des retraites pour augmenter les retraites de leur personnel.

C. Après le 1^{er} octobre 1930, les prestations sont acquises à l'ouvrier ; il convient donc de retrancher des charges nouvelles (cotisations patronales) les charges supprimées (versements légaux et supplémentaires pour les retraites ouvrières, soins médicaux, produits pharmaceutiques, indemnités de décès, d'accouchement, etc.). Il en résulte que la révision de prix est moins importante dans la période C que dans la période B.

L'application rigoureuse de la clause du 7 février 1930 aurait conduit à rechercher pour chaque marché la main-d'œuvre réellement appliquée dans chacune des périodes B et C et à opérer les

révisions de prix en conséquence ; pour éviter cette recherche excessivement compliquée et presque impraticable, il y avait lieu d'adopter une évaluation forfaitaire sur les bases suivantes :

1° *la part de main-d'œuvre comprise dans un certain marché sera celle qui est forfaitairement évaluée dans ce marché pour l'application de la formule de révision de prix suivant le paramètre salaires ; la main-d'œuvre des sous-traitants rentre dans le prix des matières ; les charges correspondantes sont ou non supportées par l'État suivant qu'il y a ou non une révision « matières » ;*

2° *l'avancement sera supposé proportionnel au temps ; les pourcentages d'avancement au 1^{er} juillet et au 1^{er} octobre 1930 seront déterminés par de simples règles de trois et des moyennes lorsque les marchés comprennent plusieurs éléments ou plusieurs lots ;*

3° *de la combinaison des deux données qui précèdent résultera automatiquement la somme à réviser entre le 1^{er} juillet et le 1^{er} octobre et la somme à réviser après le 1^{er} octobre ;*

4° *il suffira pour cela de déterminer dans chacune de ces périodes le pourcentage des charges supplémentaires par rapport aux salaires totaux ; à cet effet, il faudra déterminer successivement les pourcentages des versements patronaux (environ 3,6 %) et des charges supprimées.*

La méthode ci-dessus n'a évidemment pas la prétention de suivre de très près la réalité ; mais elle doit s'en rapprocher dans les grandes lignes et a l'avantage de réduire autant que possible les discussions et les enquêtes, tout en ne faisant aux fournisseurs aucune concession exagérée ; le seul point nécessitant des justifications précises et des vérifications délicates est la recherche du pourcentage de charges supprimées ; mais elle ne peut inquiéter le fournisseur, puisqu'elle concerne seulement les œuvres sociales supprimées, dont l'organisation détaillée n'a plus qu'un intérêt historique, et laisse généralement de côté les œuvres sociales subsistantes, que certains industriels répugnent à exposer en détail.

Les seuls marchés que son application puisse laisser en suspens sont ceux pour lesquels les fournisseurs se refusent à la moindre justification ; mais la Marine est alors en droit, soit d'attendre tranquillement des propositions avec preuves à l'appui, soit de faire une offre définitive quelconque couvrant le délai de deux mois pour recours contentieux devant le Conseil d'État.

Qu'ont donné dans la pratique ces différents systèmes ?

Comme il était à prévoir, le premier n'a conduit qu'à des discussions, sans aucun résultat tangible ; l'histoire des clauses de 1922 recommence.

Le deuxième a réglé toutes les révisions avec une facilité remarquable ; mais il a souvent conduit à des plus-values trop avantageuses pour les fournisseurs.

Le troisième a réglé toutes les révisions sans grande difficulté ; il a conduit à des discussions beaucoup plus serrées que le précédent, mais a finalement abouti à des résultats nettement plus avantageux pour l'État.

Certains fournisseurs ont prétendu que les charges supplémentaires visées par les clauses, sans distinction de leur destination, concernaient à la fois les employés et les ouvriers alors que les salaires par rapport auxquels il fallait les estimer étaient les salaires ouvriers, seuls visés par les formules de révision de prix ; ils ont finalement reconnu qu'un pourcentage ne pouvait être obtenu qu'en mettant les mêmes éléments au numérateur et au dénominateur ; comme les services de la Marine connaissent généralement les salaires ouvriers et ignorent les traitements des employés, il est préférable, pour ne pas faire de nouvelles incursions dans la comptabilité du fournisseur, de n'introduire, au numérateur comme au dénominateur, que les *éléments concernant les seuls ouvriers* ; il faut alors les séparer des éléments concernant les employés, avec lesquels ils sont souvent mélangés pour ce qui concerne les œuvres sociales ; au besoin, on peut les calculer par règle de trois, en supposant que les dépenses sociales sont les mêmes pour un ouvrier et pour un employé ; ce n'est là d'ailleurs qu'une très grossière approximation.

Certains pourcentages indiqués par les fournisseurs étaient erronés parce que les dépenses sociales n'étaient inscrites que périodiquement, avec un certain décalage ; par exemple, des dépenses médicales ou pharmaceutiques relatives à juin 1930 n'étaient portées en compte que quelques mois plus tard, ce qui diminuait artificiellement le pourcentage de charges supplémentaires ; il fallait donc examiner la comptabilité de près et effectuer les ventilations nécessaires.

Bien que réduites au minimum, les discussions avec le fournisseur comportent encore *l'examen complet de toutes les œuvres sociales supprimées par l'application de la loi* : caisses de retraites, mutuelles, hospices, soins médicaux et pharmaceutiques, maternités, indemnités d'accouchement, etc. ; d'autre part, cet examen peut parfois entraîner une certaine incursion dans l'organisation des œuvres sociales restantes : ainsi, lorsque les œuvres patronales étaient développées, l'application de la loi a souvent diminué nettement les avantages accordés au personnel ; par exemple, les visites médicales, jusqu'alors payées en totalité, ne le sont plus que partiellement et ont été très fortement augmentées par les syndicats médicaux dès la mise en vigueur des assurances sociales ; certains patrons n'ont pas voulu que leurs ouvriers soient ainsi lésés par une loi faite à leur profit ; ils ont donc institué de nouvelles caisses prenant à leur charge la partie des frais médicaux que la loi laissait à celle des assurés ; dans ce cas, les services du Contrôle doivent donc examiner non seulement les œuvres sociales anciennes mais les œuvres sociales nouvelles et déterminer parmi ces dernières celles qui n'étaient que de simples continuations ou reprises d'organisations anciennes et celles qui constituaient des avantages nouveaux.

Quoiqu'il comporte le maximum admissible d'évaluations forfaitaires, le troisième système nécessite donc encore des *discussions minutieuses sur des points délicats* ; or les services industriels de l'État, très compétents pour les questions techniques, ne sont pas toujours au courant de la comptabilité industrielle et des questions administratives dans tous leurs détails ; les fournisseurs, qui font discuter ces problèmes par des spécialistes particulièrement avertis, ont donc chance d'obtenir des révisions trop élevées, parce que certains points échapperont à leurs interlocuteurs ; néanmoins, certains d'entre eux ont préféré accepter des chiffres faibles, afin d'éviter toute investigation dans leur comptabilité ; et, dans l'ensemble, la moyenne des révisions obtenues par le troisième système a varié de 0,5 % à 1 % du montant des marchés.

Si l'application de la lettre des marchés avait pu aboutir, après des années de discussion, elle aurait très probablement conduit à des chiffres supérieurs ; les partisans les plus résolus du premier système s'en sont rendu compte et ils ont finalement adopté, sans

faire eux-mêmes aucune recherche complémentaire, les pourcentages mêmes auxquels avaient été conduits les tenants du troisième système.

Quel que soit le système adopté pour l'application pratique des clauses, *il convient de séparer soigneusement les cotisations patronales et ouvrières* ; les premières seules interviennent dans la révision qui nous intéresse ; quant aux autres, si elles sont réellement supportées par l'ouvrier, elles n'interviennent dans aucune révision ; mais, le plus souvent, les industriels ont majoré leurs salaires en juillet 1930, de façon à ce que les ouvriers continuent à toucher la même somme nette ; l'application des formules ordinaires de révision a alors automatiquement mis cette augmentation à la charge de l'État.

Au total, la répercussion des assurances sociales sur les marchés a donc été considérable ; le ministre de la Marine s'en est ému et, par décision du 6 octobre 1932, il a prescrit que les révisions ordinaires ne tiendraient pas compte de l'augmentation de salaires destinée à compenser la cotisation ouvrière ; mais cette décision était inapplicable car, nous le savons, le ministre avait précédemment annoncé (circ. du 18.3.30, B.O. n° 9 du 30.3.30, p. 394) en termes clairs qu'il tiendrait compte de l'augmentation de salaires causée par la loi ; il dût donc revenir sur sa décision du 6 octobre, en l'« interprétant » par note du 9 décembre 1932 ; l'augmentation de salaires, qu'on a lieu de supposer destinée à compenser la cotisation ouvrière, ne devait être exclue de la révision ordinaire que si elle était spéciale à l'usine considérée ; la Marine devait alors en faire la preuve, après enquête dans les autres usines de la région, ou même dans les autres chantiers du fournisseur ; il est certain que pareille preuve restera difficile à fournir ; en réalité, l'État continuera donc le plus souvent à supporter les charges de la cotisation ouvrière.

Mais il les supportera au titre de la révision ordinaire ; et c'est à ce point de vue que, avons-nous dit, les deux cotisations doivent être nettement séparées ; il faut bien prendre garde que la cotisation ouvrière, dont il a déjà été tenu compte dans la révision « salaires » habituelle, n'intervienne pas une deuxième fois dans la révision « assurances sociales » proprement dite.

Si au contraire un des marchés visés par la circulaire du 18 mars 1930 ne comportait pas de révision « salaires », la révision « assurances sociales » devrait tenir compte de l'augmentation de salaires destinée à compenser la cotisation ouvrière.

En résumé, les clauses de révision pour assurances sociales introduites par la Marine ne tenaient aucun compte des sévères expériences passées ; une fois de plus, elles énonçaient un principe sans en préciser les modalités d'application ; les services qui ont exigé les justifications prévues n'ont abouti à rien ; seuls ceux qui ont introduit après coup une part importante de forfait ont pu liquider la question, non sans de multiples difficultés.

C. — L'ATTITUDE DES AUTRES MINISTÈRES

Si les services de la Marine ont utilisé des méthodes différentes pour appliquer pratiquement les clauses, si le ministre n'a pu leur faire adopter une attitude commune, nous pouvons nous attendre à rencontrer dans les divers ministères la fantaisie la plus originale puisque personne ne s'est jamais occupé de leur donner des directives sur le sujet qui nous intéresse.

De fait, l'attitude des divers départements ministériels est plus uniforme qu'on n'aurait pu le supposer ; la Marine reste un exemple à peu près unique ; *presque tous les autres ministères*, également sollicités par les fournisseurs, *refusèrent de tenir aucun compte des assurances sociales*.

Ainsi, le ministre des Travaux publics, après examen de la question en Conseil général des Ponts et Chaussées, repoussa les prétentions des entrepreneurs ; il n'aurait pu les admettre, disait-il par circulaire du 9 Mai 1931, que si les conséquences de la loi étaient susceptibles de faire jouer l'article 33 des Clauses et Conditions générales ; or tel n'était évidemment pas le cas.

Comme tous les autres ministères, la Guerre refusa la révision ; toutefois, la Commission des frontières, chargée des travaux de fortification dans le Nord et dans l'Est et qui vit un peu en marge des autres services, spécifia dans ses marchés que les salaires de base comprendraient la cotisation patronale ; si donc le salaire

initial et le salaire de comparaison encadrent le 1^{er} juillet 1930, il est automatiquement tenu compte des charges imposées par la loi ; on n'en retranche pas les charges anciennes qui d'ailleurs sont très faibles, les œuvres sociales étant généralement inexistantes dans les entreprises de travaux publics.

La clause du Gaz de Paris rembourse également au fournisseur les cotisations patronales, mais seulement au prorata de la main-d'œuvre dépensée après l'application de la loi ; elle ne tient pas compte de la main-d'œuvre dépensée chez les sous-traitants.

Dans certains marchés particuliers, la S.T.C.R.P. majore de 7 %, pour assurances sociales, le salaire horaire qui sert de base à la révision ; cette clause, d'ailleurs exceptionnelle, revient à indemniser le fournisseur de la cotisation patronale et de presque toute la cotisation ouvrière, même si celle-ci est effectivement supportée par l'ouvrier : elle constitue un véritable cadeau pour le fournisseur.

L'Air a fait aux sollicitations des industriels des réponses vagues ; par exemple, en avril 1930 : « Dans le cas où l'État serait amené à prendre des mesures concernant l'incidence que vous me signalez, je ne me refuserais pas à envisager l'application de ces mesures. Jusque-là, je ne crois pas opportun de modifier sur ce point le texte des marchés ». Puis, en mai 1930 : « ...des mesures seront prises et les prix seront éventuellement révisés suivant l'importance des charges nouvelles qu'auront à supporter les constructeurs du fait des assurances sociales. J'estime toutefois qu'il convient de connaître les résultats de l'application de la nouvelle loi avant de modifier en quoi que ce soit le texte des marchés et que dès lors toute prévision d'augmentation des prix serait prématurée ».

La Ville de Paris, dans ses marchés relatifs à l'enlèvement des ordures ménagères, s'engage à « rembourser intégralement toutes charges supplémentaires résultant de l'application de la loi » ; en réalité, il s'agit en l'espèce d'un marché de concession.

Les grandes compagnies de chemin de fer ont adopté une clause semi-automatique par laquelle, « au cas où l'application de la loi sur les assurances sociales ou toute autre loi sociale entraînerait des charges patronales supplémentaires, il en serait tenu compte par une majoration du prix au kilo, sur la base de... pour un supplément de charge patronale égal à 1 % des salaires ». Par exemple, pour les locomotives dont le prix au kilo avoisinait 9 fr. 30, la base

était de 2 centimes correspondant à une révision de 0,22 % du prix total pour une surcharge de 1 % des salaires. La clause adoptée par les compagnies de chemin de fer peut être dite semi-automatique, puisqu'elle nécessite une vérification de la surcharge patronale mais devient automatique après détermination de celle-ci ; elle est, en somme, conforme au troisième système appliqué par la Marine.

Certaines compagnies de chemin de fer, comme le P.-L.-M., ont, même en l'absence de toute clause contractuelle, tenu compte à leurs fournisseurs ou adjudicataires de la charge nouvelle constituée par le régime des assurances sociales.

En résumé, la Marine a adopté une clause de principe dans plusieurs centaines de marchés ; l'Air a fait aux fournisseurs des réponses ambiguës ; la Commission des frontières et le Gaz de Paris ont incorporé la cotisation patronale au salaire ; la S.T.C.R.P. y a même incorporé la cotisation ouvrière ; les chemins de fer ont introduit une clause de révision semi-automatique. Tous les autres ministères, services et grandes administrations ont refusé formellement de tenir le moindre compte des répercussions de la loi.

Il est regrettable que de telles divergences puissent se produire entre les divers ministères, dont chacun agit sans tenir aucun compte du voisin ; la question était suffisamment importante pour justifier une décision du gouvernement et des instructions communes à tous les ministères ; mais une fois de plus la coordination a fait totalement défaut.

* * *

La question des assurances sociales est caractéristique des inconvénients entraînés par les clauses qui étendent indéfiniment les cas de révision sans en préciser les modalités d'application.

Elle n'a nullement perdu son actualité depuis l'application de la loi ; la Marine continue en effet à déclarer dans tous ses marchés : « Les prix unitaires sus-indiqués ont été établis en tenant compte des charges qui nous sont actuellement imposées par la loi sur les assurances sociales. Si des modifications de ladite loi ou la mise en application de nouvelles lois sociales venaient à nous imposer de nouvelles charges, ou à diminuer celles qui nous incom-

bent, la Marine en tiendrait compte dans la mesure de nos justifications, après déduction des charges de même nature déjà assumées par nous ».

Cette clause n'a pas joué jusqu'à maintenant, ses inconvénients n'ont donc pas été apparents et elle se multiplie de plus en plus.

Et pourtant, à la moindre modification de la loi, elle est susceptible d'entraîner des difficultés inextricables : en premier lieu, toutes celles que nous avons rencontrées dans la présente section se renouvelleront, ce qui serait déjà amplement suffisant ; mais ce n'est pas tout, il s'en ajoutera d'autres. Si les cotisations étaient un pourcentage des salaires, le fait d'évaluer comment une modification de ce pourcentage se répercute sur le prix se ramènerait en effet au cas précédent ; mais, on le sait, les salaires sont répartis en cinq tranches dont chacune paie une cotisation uniforme ; si donc les limites des tranches sont modifiées, la variation correspondante sur la charge totale différera suivant chaque usine et chaque atelier ; comment évaluer l'augmentation ou la diminution qui en résultera sur le pourcentage de charge patronale ? Que faire si les tranches sont, comme il en a été question, remplacées par un pourcentage fixe sur les salaires ? Si les conditions de versement ou d'assujettissement à la loi sont modifiées ? Si un changement de prestation entraîne un nouveau bouleversement dans les œuvres patronales ?

Tant que la clause ne joue pas, elle paraît inoffensive, mais alors elle est inutile ; dès qu'elle jouerait, elle conduirait à des discussions sans fin et absorberait pendant des journées le temps du Contrôle en usine, sans profit aucun pour l'État. Dans l'ensemble, elle est franchement nuisible et devrait disparaître sans délai et sans aucune exception.

Si l'on tient essentiellement à introduire une clause de révision pour les modifications à la loi, cette clause devrait être rigoureusement forfaitaire et fixer exactement la majoration de prix entraînée par chaque modification possible.

Il est encore beaucoup plus simple de renoncer complètement à toute clause analogue ; la clause « assurances sociales » coûtera déjà à la Marine un nombre respectable de millions, presque certainement très supérieur à la majoration qu'auraient subie certains marchés s'ils avaient été strictement forfaitaires ; mais personne ne

peut raisonnablement soutenir que les fournisseurs majoreraient leurs prix si on leur refusait une clause tenant compte des modifications possibles à la loi ; ces modifications seront faibles et de sens indéterminé ; elles ne pourront conduire qu'à une variation du prix de revient insignifiante par rapport à la marge normale pour aléas ; les fournisseurs n'en tiendront aucun compte dans l'établissement de leurs devis ; l'État acheteur peut et doit donc les ignorer.

SECTION III

Les autres lois sociales

Ce que nous venons de dire à propos des assurances sociales nous dispensera d'insister au sujet des autres lois sociales, dont elles constituent l'exemple le plus typique et le plus actuel.

Les 11 décembre 1929 et 7 février 1930, le sous-secrétaire d'État de la Marine prescrivit à tous ses services d'ajouter à la clause relative aux assurances sociales la phrase suivante : « Il en sera de même des charges sociales supplémentaires qui seraient imposées par d'autres lois ».

Quand la clause relative aux assurances sociales fut supprimée le 28 octobre 1930, on continua à insérer dans tous les marchés des clauses prévoyant que la Marine tiendrait compte d'une part, nous le savons, de toute modification apportée à la loi sur les assurances sociales, d'autre part des conséquences de toute loi sociale nouvelle.

Il est inutile d'insister sur les interminables discussions, justifications et vérifications que peut entraîner une clause aussi vague ; ce que nous avons vu précédemment suffit à en donner une idée.

La Marine est le seul département ministériel qui ait consenti une formule aussi ambiguë et aussi dangereuse, comme si l'expérience des clauses de principe de 1922 avait été perdue pour elle.

La formule usuelle en 1931-1932 est encore plus critiquable, car elle met à la charge de la Marine les aggravations de charges pro-

venant des assurances sociales et de toute loi sociale nouvelle ; elle ne lui accorde aucune compensation au cas, peut-être improbable, mais cependant possible, où les charges seraient diminuées ; une fois de plus, l'Administration s'est ainsi laissé imposer une clause irréversible qu'elle a d'ailleurs supprimée en 1933.

Le Service de nettoyage de la Ville de Paris s'est engagé à rembourser à ses concessionnaires pour enlèvement des ordures ménagères « toutes charges supplémentaires résultant d'une nouvelle législation » ; cette clause vague, qui peut se rapporter tant aux lois fiscales qu'aux lois sociales, est excessivement dangereuse.

Les grandes compagnies de chemin de fer ont étendu à toutes les lois sociales la clause semi-automatique adoptée pour les assurances sociales et basée sur le pourcentage des charges par rapport aux salaires ; son avantage sur la clause de la Marine est certain, tant par sa répercussion environ deux fois moins forte que par son automatisme partiel.

Enfin, la Commission des frontières a introduit à partir de 1929 une clause tenant compte du vote éventuel d'une loi sur les congés payés : la partie révisable du prix est multipliée par le coefficient

$\frac{300}{300 - n}$, n étant le nombre de jours de congés payés qui sera imposé

par la loi aux employeurs ; cette formule est d'un automatisme parfait et ne laisse pas place à la moindre discussion. La C.C.M.I. a, le 13 novembre 1929, refusé de l'adopter pour la Marine ; la Commission des marchés de la Guerre n'a plus voulu l'admettre à partir du milieu de 1929.

Tous les autres ministères refusent de tenir compte des lois sociales.

Actuellement donc, *leur répercussion n'est admise que par les compagnies de chemin de fer d'une façon limitée et par la Marine d'une façon illimitée.*

Une pareille clause, mettant toutes les lois sociales à la charge de l'État, pour ce qui concerne les marchés administratifs, nous paraît à rejeter formellement ; elle peut avoir pour les finances publiques des conséquences très défavorables ; elle fait des fournisseurs de l'État une classe privilégiée, échappant aux conséquences des lois que subissent tous les autres industriels ; ici encore, des instructions interministérielles précises nous paraissent indispensables.

En l'absence de toute clause directe les concernant, les lois sociales ont d'ailleurs sur les marchés révisables deux conséquences indirectes :

1^o elles peuvent intervenir sur la révision « main-d'œuvre », si elles modifient le salaire de base (loi de 8 heures pour le salaire horaire ; art. 41 des Cond. gén. Guerre pour les travaux de construction militaire, etc.) ;

2^o elles agissent sur la révision « matières » en augmentant le prix de base des diverses matières.

SECTION IV

Les taxes et impôts

La solution la plus avantageuse pour l'Etat, a-t-on dit, serait d'exonérer ses fournisseurs de taxes et impôts ; dans une communication faite au Congrès des Sociétés savantes de 1933, (1) M. l'intendant militaire Chassériaux montre que l'imposition des fournisseurs est nuisible à l'État car :

1^o il décaisse finalement le montant de l'impôt majoré d'un certain pourcentage pour bénéfice ;

2^o les impôts départementaux et communaux, payés par l'État, profitent aux collectivités qui ont les plus faibles centimes additionnels et par conséquent sont les moins nécessaires ;

3^o l'inclusion des impôts dans le prix majoré artificiellement celui-ci, au détriment du département ministériel intéressé et à l'avantage d'autres départements ministériels, ce qui peut avoir des inconvénients au point de vue international, psychologique ou électoral.

« Prétendre, dit M. Chassériaux, que les impôts qui grèvent les marchés sont susceptibles d'enrichir le Trésor, c'est dire que l'on peut remplir un tonneau en tirant de l'eau aux robinets de ce tonneau, pour la verser dans le dit tonneau. Pareille plaisanterie fera perdre de l'eau et n'en fera jamais gagner ».

(1) *L'Usine*, n^o 22, du 2 mai 1933, p. 41.

Quoi qu'il en soit, les fournisseurs de l'État supportent actuellement les mêmes impôts que les autres industriels, et il est bien certain qu'ils en font rentrer au moins le montant dans leur prix de soumission.

Parfois cependant l'État prend à sa charge certains impôts indirects, comme les droits de douane et d'octroi ; les Conditions générales nous offrent plusieurs exemples d'une telle modalité ; elle supprime le premier inconvénient ci-dessus, mais laisse subsister les deux autres ; dans ce cas, le problème de la révision disparaît.

Il n'existe que dans le cas général, celui où les taxes et impôts restent à la charge du fournisseur.

A. — DROITS D'OCTROI

Les Conditions générales de la Marine prévoient (art. 8, § 1) que les droits d'octroi sont à la charge de la Marine ; par application de cette clause, les augmentations de droits d'octroi ont été supportées par la Marine chaque fois que les Conditions générales s'appliquaient. Mais, lorsqu'elles sont écartées soit par le silence soit par une clause formelle du marché, *c'est le fournisseur qui doit*, nous l'avons vu, *supporter l'augmentation des droits* ; en effet, la Ville, auteur du droit, et l'État, contractant, ne peuvent en aucune façon être considérés comme une seule et même personne morale. Il n'y a donc pas fait du prince ; seule l'imprévision pourrait jouer, mais pour cela il faudrait un bouleversement du contrat, qu'un droit d'octroi ne paraît jamais susceptible d'entraîner ; donc, aucune indemnité n'est possible.

C'est ce qu'a décidé la Commission permanente des marchés des P.T.T. en 1926, à propos de la création par la Ville de Paris, en cours de marché, de droits d'octroi sur les tôles et fontes ; le fournisseur protesta, sous prétexte que d'autres départements ministériels avaient admis des révisions pour des cas identiques ; saisi par le secrétaire général des P.T.T., le sous-secrétaire d'État à la présidence du Conseil, par lettre 2014 du 4 juin 1926, demanda aux autres ministères quelle attitude ils suivaient en pareil cas, afin de créer une unité de vue de l'Administration ; c'était là une idée heureuse, mais malheureusement trop rare ; d'ailleurs, elle n'a pas été suivie de résultat et aucune instruction n'a été donnée aux

divers Départements. La Commission mixte consultative des marchés de la Marine, par note 72 D du 17 juin 1926, répondit qu'elle avait accordé une indemnité à un fournisseur de charbon, par suite de circonstances exceptionnelles (coïncidence du relèvement des droits d'octroi avec la période au cours de laquelle le marché, déjà signé par les fournisseurs, était soumis à l'approbation du ministre, rapidité anormale avec laquelle le relèvement avait été conçu et réalisé par l'administration de la Ville de Paris), mais que ce cas unique ne saurait constituer un précédent; en règle générale, la Marine ne tient aucun compte des relèvements de droits d'octroi, en l'absence de clause spéciale ou de référence à l'article 8 des Conditions générales. Mais, ne l'oublions pas, l'application de cet article est le cas le plus fréquent.

L'article 45 des Conditions générales relatives aux marchés de fournitures de la Guerre prévoyait que les droits d'octroi seraient à la charge du titulaire du marché, mais qu'il lui serait tenu compte, en plus ou en moins, de toute augmentation ou diminution apportée après l'adjudication aux droits perçus par l'État, les départements et les communes et frappant directement les fournitures faisant l'objet du marché, à l'exception des droits de douane; les droits d'octroi rentraient donc dans le cas ainsi prévu; de même, l'article 41 des Conditions générales concernant les travaux de constructions militaires met à la charge de la Guerre les variations des droits d'octroi; enfin, cette solution est aussi adoptée par la Ville de Paris (pour les droits établis par elle et à son profit) et le Métropolitain. Elle a été étendue aux ministères de la Marine et de l'Air depuis le 1^{er} avril 1933 (cahier des clauses et conditions générales des marchés de fournitures des départements de la Guerre, de la Marine et de l'Air, du 21.11.32, art. 6, § 2).

B. — DROITS DE CONSOMMATION SUR LES BOISSONS

Ils étaient aussi à la charge de la Marine (art. 8, § 1 des Cond. gén.); par application de cette clause, d'ailleurs précisée dans le marché correspondant, la Compagnie fermière de Vichy n'a pas eu à supporter le relèvement de l'impôt de consommation sur les caisses de bouteilles qu'elle livrait à la Marine, en exécution de contrats à longue durée.

La solution maintenant adoptée par les Conditions générales communes à la Guerre, à la Marine et à l'Air est la même que pour les droits d'octroi.

C. — DROITS DE DOUANE

Ils sont à la charge du fournisseur pour les marchés de la Marine (art. 8, § 2 des Cond. gén.) ; la variation des tarifs, la création de droits nouveaux ou la suppression de droits établis ne peuvent motiver aucune répétition de la part du fournisseur, ni aucune réclamation contre lui (art. 8, § 5 des Cond. gén.).

De même, l'article 41 des Conditions générales de la Guerre (travaux de construction) spécifie que les droits de douane ne donnent jamais lieu à compensation ; l'article 45 relatif aux marchés de fournitures adopte la même règle mais en exclut les denrées ou matières de provenance exclusivement exotique.

Mais la Marine admet parfois des clauses tenant compte des variations de droits de douane (C.C.M.C., 458 du 22.11.26, viandes congelées).

D'autre part, si, lors des pourparlers préliminaires, deux prix ont été envisagés, l'un mettant les droits de douane à la charge du vendeur, l'autre ne les comprenant pas et si l'accord s'est fait sur ces derniers, l'État doit rembourser les droits, nonobstant toute clause contraire des Conditions générales, auxquelles les parties sont censées avoir entendu déroger (C.E., 3.11.20, Danard, R., p. 904).

Enfin certains cahiers des charges prévoient que l'État remboursera les taxes douanières (art. 134 et 135 du règlement du 26 mai 1866 sur le Service des subsistances de la Guerre) ; pareille clause est applicable dans le cas où un droit de douane remplace un octroi de mer moins onéreux que lui, et ceci bien que l'octroi de mer soit un véritable impôt de consommation, frappant aussi bien les denrées indigènes que les étrangères (C.E., 8.3.01, Prévot, R., p. 279, et concl. du com. du gouv. Saint-Paul) ; mais elle cesse d'avoir effet après l'expiration des délais contractuels (C.E., 7.8.00, d'Adhémar, R., p. 559).

Comment appliquer en pratique une clause mettant à la charge

de l'Etat la répercussion des nouvelles taxes douanières ? En ce qui concerne les marchandises importées, pas de difficulté : le fournisseur doit produire des factures prouvant l'introduction des marchandises après la mise en vigueur des nouveaux droits dont la différence avec les anciens lui est intégralement remboursée. Mais une difficulté se présente à propos des marchandises indigènes : le Conseil d'État avait d'abord décidé (8.12.53, Manégat) que l'indemnité à accorder était le droit qui aurait été payé si les marchandises avaient été étrangères ; mais le commissaire du Gouvernement Gauvain estime que l'arrêt Manégat constitue une véritable erreur économique ; on avait d'abord cru, dit-il, que le prix de la marchandise indigène s'élevait d'une somme égale à l'augmentation du droit d'entrée et cette croyance aurait justifié l'arrêt Manégat ; mais, après de longues discussions doctrinales, il est maintenant reconnu, dit M. Gauvain, que le nouveau droit ne réagit que partiellement sur les prix indigènes ; et il donne à cet égard la règle suivante : si l'importation atteint $1/10$, $1/5$, etc. de la consommation totale, la hausse du prix indigène est $1/10$, $1/5$, etc. de la majoration de droits ; cette règle simple servira de guide aux experts pour déterminer la répercussion du droit de douane sur les prix indigènes (C.E., 23.3.88, Parry, R., p. 306 et D.P. 89.3.49). *Le Conseil d'Etat a fait sienne cette théorie, en ce sens qu'il prescrit chaque fois le remboursement intégral des droits sur les marchandises étrangères dont l'importation après l'établissement des nouveaux tarifs est prouvée et, pour les marchandises indigènes, une indemnité dont le rapport à l'augmentation des droits sera fixé par expertise ;* mais il se contente d'affirmer que ce rapport est inférieur à l'unité et ne cite jamais la règle un peu simpliste que nous avons indiquée (arrêt susvisé et en outre : 6.2.91, Thomas, R., p. 84 ; 6.2.91, Brunet, R., p. 85 ; 6.2.91, Desmond, R., p. 86 ; 24.3.93, Perrot, R., p. 280 ; 24.3.93, Ménier, R., p. 282 ; 19.5.93, Parly, R., p. 429 ; 2.8.95, Carnot-Pauchet, R., p. 639 ; 21.1.98, Michel, R., p. 42 ; 18.3.98, Ménier, R., p. 245). La décision du Conseil d'État est logique, puisqu'elle confie à une expertise le soin de déterminer les effets du droit de douane dans le pays importateur ; en réalité, il est probable que, le plus souvent, l'expertise constatera une répercussion intégrale du droit de douane sur les prix intérieurs, comme on l'admet généralement aujourd'hui et comme la statistique l'a

démontré, notamment pour les prix du blé (1) ; il n'y aurait répercussion partielle que si les pays exportateurs réduisaient leurs prix de vente pour conserver des débouchés indispensables, si la nouvelle taxation de la marchandise arrêtaient son importation ou encore si l'importation ne représentait qu'une partie infime de la consommation totale ; et ce dernier point est tout ce qui subsiste de la règle énoncée par M. Gauwain.

Tout ce que nous venons de dire suppose, répétons-le, l'existence dans le marché d'une clause analogue à celles du Service des subsistances et mettant non pas seulement les nouveaux droits, mais leur répercussion à la charge de l'État.

Les nouvelles Conditions générales communes à la Guerre, à la Marine et à l'Air font, parmi les droits frappant directement les fournitures, une exception pour les droits de douane (art. 6, § 2) : les variations qui les affectent ne donnent lieu à répétition « que lorsqu'il s'agit de denrées ou matières de provenance exclusivement étrangère ».

D. — IMPOSITIONS INDIRECTES DIVERSES

L'article 8, § 2 des Conditions générales de la Marine spécifie que les règles établies pour les droits de douane s'étendent aux « impositions indirectes diverses, droits de navigation, droits de canaux, de bacs, de passage et tous autres, à l'exception des droits de consommation sur les boissons et des droits d'octroi » ; au contraire, nous le savons, les nouvelles Conditions communes adoptent la même règle pour tous les droits frappant directement les fournitures et ne font exception que pour les droits de douane.

Certains marchés de la Marine marchande spécifient que toutes primes et ristournes attribuées au chantier par l'État feront retour à l'armateur ; c'est là en quelque sorte un exemple d'impôt négatif.

E. — TAXE SUR LE CHIFFRE D'AFFAIRES ET TAXES ANALOGUES

Nous entendons par taxes analogues les taxes existantes ou possibles établies sur l'ensemble du marché (droits de timbre, d'enre-

(1) Reboud, *Précis d'économie politique*, p. 319 ; — Schelle, *Le bilan du protectionnisme en France* ; — *Economiste français*, 1913, I, p. 85.

gistroment, taxe sur les paiements, taxe de luxe, taxes à la production, etc.).

Ces diverses taxes sont des impositions indirectes et par conséquent sont visées par l'article 8, § 2 et 5 des Conditions générales ; elles ne peuvent donner lieu à aucune révision.

Mais leur répercussion étant facile à évaluer, la Marine admet très souvent, sur l'insistance des fournisseurs, qu'il sera tenu compte de toute modification aux taxes ci-dessus ou à certaines d'entre elles, le chiffre d'affaires en particulier ; la Guerre, la Marine marchande, les Compagnies de chemin de fer ont introduit la même clause dans quelques marchés à longue durée.

Mais « *l'impôt sur le chiffre d'affaires ne peut, étant donné son caractère, et notamment les conditions de son établissement et son mode de recouvrement, être compris dans la catégorie des droits frappant directement les matériaux entrant dans les ouvrages qui font partie du marché* » ; et, comme tel, il reste à la charge du fournisseur malgré l'application de l'article 41 des Conditions générales des travaux militaires, en date du 15 octobre 1921 (C.E., 7.11.29, Besson, R., p. 964) ; la même solution ne s'appliquerait pas obligatoirement à l'article 45 des Conditions générales des marchés de fournitures de la Guerre, en date du 1^{er} août 1921 et à l'article 6, § 2, des nouvelles Conditions communes, qui visent non les droits frappant « les matériaux », mais les droits frappant « les fournitures ».

Les clauses introduites sont parfois réversibles parfois irréversibles ; ici comme précédemment, les clauses irréversibles nous semblent à éviter formellement ; les clauses réversibles ont pu jouer dans certains cas très rares (lustrerie, étoffes de luxe) lorsqu'au début de 1920 certains dégrèvements ont été apportés à la taxe de luxe.

Une note du sous-secrétaire d'État de la Marine du 11 décembre 1929 indique un exemple de clauses tenant compte de « toute variation de l'impôt sur le chiffre d'affaires, de toute charge fiscale nouvelle dont le montant serait calculé en fonction du prix de la fourniture et de tout dégrèvement qui surviendrait sur les charges fiscales actuelles, calculées en fonction du prix de la fourniture ».

Certains problèmes délicats pourraient être soulevés pour l'ap-

plication de cette clause, en particulier si la taxe sur le chiffre d'affaires était remplacée par d'autres impôts tels que des taxes à la production.

F. — AUTRES IMPOTS

Les autres impôts, et en particulier les impôts directs, l'impôt sur les bénéfices commerciaux, l'impôt sur le revenu ne peuvent pratiquement faire l'objet de révisions établies par clauses de principe, car il serait impossible d'évaluer comment leurs variations se répercutent sur le prix de la fourniture ; cependant, la Ville de Paris tient compte des modifications à l'impôt des patentes et « à tous droits ou impôts établis par la Ville, le Département ou l'État » ; le P.-L.-M. prend à sa charge « tous nouveaux impôts ou nouvelles taxes augmentant les frais généraux ou les salaires, mais non ceux qui, dans l'esprit des lois ou règlements les édictant, doivent être imputés sur les bénéfices bruts ou nets des Sociétés » ; la S.T.C.R.P. admet que les prix du marché sont établis en tenant compte des « impôts industriels et commerciaux » existant à telle date ; les complications extrêmes que nous avons rencontrées à propos des clauses de principe ou des assurances sociales prouvent que l'application de pareilles clauses conduirait à des difficultés inextricables ; elles ne peuvent être que des sources de litiges et des nids à procès ; toute l'expérience des clauses de révision conduit à les proscrire formellement.

G. — LES TAXES ET IMPOTS EN GÉNÉRAL

Il y a lieu de comparer soigneusement la clause relative aux impôts et les autres clauses de révision, afin de s'assurer qu'il n'y a pas double emploi ; en particulier, il faut être sûr que les taxes indirectes n'ont pas été comprises dans les frais généraux et, par conséquent, incorporées dans les coefficients des divers paramètres ; sinon, l'État risquerait d'en payer deux fois les majorations.

Nous citerons à ce sujet l'arrêt rendu par le Conseil d'État à propos de la construction des grands bassins de radoub de Toulon (9.1.30, Grands Travaux de Marseille, Daydé et Fougerolles frères, R., p. 23) : « Considérant qu'aux termes de l'article 2 de l'acte additionnel du 6 décembre 1916 « les sommes dues à l'entreprise à titre

de majorations seront majorées de 15 % pour frais généraux » ; que les parties ont entendu compenser forfaitairement, par le mode de calcul ci-dessus indiqué, toutes les augmentations que pouvaient subir, par suite de l'état de guerre, les frais généraux de l'entreprise ; considérant que les droits de timbre supportés par les requérants faisaient partie de leurs frais généraux ; que, dès lors, ils ne sont pas fondés à réclamer, en sus de l'application qui a été faite en leur faveur des prescriptions de l'acte additionnel relatives aux majorations de frais généraux, l'allocation d'une somme de 4.364 francs à titre d'augmentation des droits de timbre ».

Les fournisseurs déclarent généralement que, s'ils n'obtiennent pas une clause de révision basée sur les variations d'impôts, il devront se garantir contre un risque de hausse en majorant leurs prix ; à cet argument, soulevé en mai 1925 par la Chambre syndicale des métaux, le ministre de la Marine répondit, par D.M. 431 Int. 4 du 2 juillet 1925 : « La création de droits nouveaux est, d'une manière générale, effectuée avec une publicité et un délai de mise en application suffisants pour que celle-ci ne puisse constituer un cas de force majeure ».

Le fournisseur n'avait d'ailleurs pas invoqué la force majeure, et l'argument de la Marine n'est pas très valable, car nombreux sont les exemples d'impôts conçus et appliqués très rapidement, dans un délai bien inférieur à la durée d'exécution d'un marché.

Nous préférons le raisonnement suivant, par lequel le ministre de la Marine repoussait la prétention de fournisseurs qui voulaient, en l'absence de toute clause, majorer leurs factures du montant de la taxe de 1,10 % sur le chiffre d'affaires instituée par la loi du 25 juin 1920 : « On ne peut que s'étonner de voir le Département saisi de pareilles requêtes qui sont, par définition, irrecevables. Les commerçants et les industriels travaillant pour la Marine doivent, en effet — comme tous les autres contribuables — être soumis aux lois votées par le Parlement. Les autoriser à se faire rembourser le montant de la taxe de 1,10 % sur le chiffre de leurs affaires avec la Marine serait tout à fait contraire à l'esprit de la loi du 25 juin 1920, qui a eu précisément pour objet la création de nouvelles ressources fiscales reconnues indispensables pour assurer la bonne marche des services de l'État ».

Le seul argument qui subsiste est alors celui-ci : « La clause de

révision doit être introduite si la dépense aléatoire qui peut en résulter pour l'Etat est inférieure à la majoration immédiate et certaine qu'il devra supporter pour garantir le fournisseur de ses aléas ».

Nous verrons ultérieurement ce qu'il faut en penser.

SECTION V

Le prix des transports

A. — EN L'ABSENCE DE CLAUSE SPÉCIALE

Les majorations apportées aux prix des transports s'étant multipliées depuis 1914, les fournisseurs en ont fréquemment demandé à l'État le remboursement.

Les premières requêtes furent adressées au ministre de la Marine après promulgation de la loi du 25 juin 1918 relevant de 25 % le prix des transports sur les grands réseaux ; la Sous-commission commune des marchés, examinant la question dans sa séance du 20 août 1918, estimait « que le relèvement en question présentait le caractère d'un cas de force majeure pour tous les marchés passés avant la mise en application et qu'en conséquence le principe d'une indemnité accordée de ce fait aux fournisseurs intéressés pouvait être admis » ; elle en fixait ensuite les modalités d'application.

Nous retrouvons ici une fréquente et capitale erreur : la force majeure suppose l'impossibilité absolue d'exécution, il ne saurait en être question dans le cas présent.

Nous avons vu que *les tarifs de transport ne peuvent être assimilés à des recettes fiscales* ; on ne peut donc leur appliquer une clause analogue aux articles 41 (marchés de travaux) et 45 (marchés de fournitures) du Département de la Guerre et prévoyant « qu'il sera tenu compte des augmentations apportées aux droits perçus par l'État et frappant directement les matières entrant dans les ouvrages ou les fournitures qui font l'objet du contrat » (13.2.24, Grandchamp, R., p. 176 ; 7.11.29, Besson, R., p. 964).

La question paraît plus discutable pour l'impôt sur les transports qui est bien un impôt au sens strict du mot et peut ainsi être assimilé aux autres lois fiscales ; cependant, dans l'arrêt Besson (7.11.29, R., p. 964), le Conseil d'État a décidé que l'impôt sur les transports ne peut « étant donné son caractère et notamment les conditions de son établissement et son mode de recouvrement, être compris dans la catégorie des droits » visés par l'article 41 de la Guerre.

D'ailleurs, les Conditions générales de la Marine mettent les frais de transport à la charge du fournisseur (art. 8, § 3) et spécifient que leurs variations ne peuvent motiver aucune répétition de sa part ni aucune réclamation contre lui (art. 8, § 5) ; l'article 47 des Clauses et conditions générales de la Guerre dispose que les cours commerciaux des objets, matières premières et denrées étant des aléas inhérents à tous les marchés ne donneront lieu en aucun cas à une révision des prix consentis par les titulaires de ces marchés ; le Conseil d'État a décidé que ce dernier article s'opposait à une révision pour augmentation des frais de transport (20.2.24, Fabre, R., p. 195) ; il en est à fortiori de même pour la clause de la Marine, beaucoup plus explicite.

A l'exception du cas rencontré plus haut, où, par suite d'une erreur manifeste, la Marine avait admis la force majeure, *les considérations que nous avons exposées ont généralement été invoquées par les divers ministères pour refuser les révisions de prix réclamées pour majorations des tarifs de transport* (en particulier lettre du ministre de la Guerre au ministre de la Marine en fév. 1919, D.M. 181 Int. 4 du 5.3.19, décisions de la C.C.M.C. en date du 13.11.24 et du 12.10.26, D.M. 564 Santé 1 du 28.9.26, D.M. 405 Int. 3 du 25.9.26).

Cependant, il peut y avoir imprévision si le coût du transport a une importance prépondérante dans le prix de vente ; tel serait par exemple le cas d'une fourniture à grande distance de sable de fonderie (D.M. 272 C.N.3 du 25.11.20).

Signalons un argument assez particulier invoqué par un fournisseur pour prétendre à fait du prince : MM. M... frères, titulaires d'un marché du 12 août 1926 pour fourniture de 2.000 hectolitres de vin au prix de 159 fr. 30, réclamèrent le remboursement des frais supplémentaires de transport occasionnés par le relèvement du 16 août 1926 et se montant à 4 fr. 87 par hectolitre ; ils allé-

guaient pour cela que le Gouvernement avait fait paraître dans la presse du 6 août une note disant « qu'on avait l'intention de porter les tarifs de transport à un taux plus élevé, mais que ce n'était là qu'un projet dont la discussion était loin d'être terminée et que rien ne serait fait avant deux mois ». Se fiant à ce communiqué, ils prétendaient avoir fixé leur prix de 159 fr. 30 sans tenir compte de l'augmentation, annoncée certes, mais qu'ils présumaient ne devoir être décidée que dans un délai leur permettant de profiter, pour leur livraison, des anciens tarifs. Cette prétention fut repoussée par la Commission centrale des marchés commerciaux (Note 402 du 12.10.26) pour les motifs suivants :

1° aucune trace de la communication invoquée n'existait dans les journaux professionnels spécialisés ;

2° l'annonce n'avait paru que dans des journaux politiques locaux ;

3° elle ne reproduisait pas une communication officielle du Gouvernement, mais l'interview d'« une des plus hautes personnalités du Comité des grands réseaux », non explicitement désignée ;

4° l'article 8, § 5 des Conditions générales s'appliquait ; il est certain qu'en cas de baisse des tarifs de transport, les fournisseurs se retrancheraient derrière ce texte très précis ;

5° la faible importance du relèvement par rapport au prix total ne pourrait, en tous cas, que réduire le bénéfice, sans mettre les fournisseurs en perte.

Chacune de ces raisons était amplement suffisante pour rejeter la prétention des fournisseurs.

Mais il est certain qu'une communication officielle du Gouvernement à la presse pourrait servir de base à une demande d'indemnité, en l'absence même de tout bouleversement du contrat.

Nous devons également signaler un cas intéressant où le fait du prince agissait, non au détriment du fournisseur comme d'habitude, mais en sa faveur : le 8 mai 1922, le ministre des Travaux publics homologuait une modification aux « tarifs de transports des produits métalliques expédiés à des chantiers de construction de navires de mer et destinés à la construction de ces navires » (tarif spécial intérieur P.V. n° 14 et commun P.V. n° 114, produits métallurgiques) ; moyennant la signature d'un certificat par les

services de surveillance de la Marine, les constructeurs pouvaient obtenir l'application à ces produits, par voie de détaxe, des tarifs spéciaux d'exportation inférieurs de 25 ou de 40 % aux tarifs généraux ; c'était là un avantage important acquis aux fournisseurs grâce à l'intervention de l'État. Celui-ci ne devait-il pas en bénéficier ? Pour les marchés futurs, il comptait en retirer une diminution du prix fait par les chantiers ; mais, pour les marchés en cours, certains services proposèrent que le bénéfice des détaxes, sur lesquelles les fournisseurs n'avaient pu compter, soit ristourné à la Marine ; le ministre refusa (D.M. 390 C.N.3 du 26 déc. 1923) en invoquant l'article 8, § 2 et 5 des Conditions générales ; il restait ainsi logique avec lui-même ; mais la largeur d'esprit dont il témoignait, en renonçant à invoquer une mesure prise par l'État en faveur de ses fournisseurs, ne donne que plus de poids à la thèse soutenue par lui en sens inverse : *l'article 8, qui empêche toute réclamation contre le fournisseur, prohibe aussi toute répétition de sa part.*

B. — EN CAS DE CLAUSE SPÉCIALE

Une demande d'indemnité ne pouvant, dans la très grande majorité des cas, aboutir ni administrativement ni judiciairement, les fournisseurs réclamèrent souvent l'insertion dans leurs marchés d'une clause spéciale, les indemnisant lors de tout relèvement de tarifs.

Ces requêtes furent repoussées au début (C.C.M.C. 202 du 24.4.25 et 15.23 D du 16.6.25, D.M. 431 Int. 4 du 2.7.25).

Mais les fournisseurs finirent par triompher ; la clause en question, d'abord insérée dans plusieurs marchés particuliers, fut admise définitivement par la C.C.M.I. le 2 juin 1926 ; elle est prévue à l'article 110 de l'Instruction générale sur les marchés de la Marine et insérée dans la plupart des marchés passés depuis cette date.

Quelques administrations, comme la Guerre, les Tabacs, les Compagnies de chemin de fer elles-mêmes et la S.T.C.R.P. l'ont également introduite dans certains marchés ; d'autres prennent à leur charge les variations de frais de transport sur la fourniture elle-même, mais non sur les matières qui servent à la constituer ; c'est là une convention normale, différente d'une clause de révision proprement dite.

Il est parfois possible d'évaluer les frais de transport en pourcentage du prix total ; c'est le cas, par exemple, si le marché comporte la livraison au même endroit d'un plus ou moins grand nombre d'objets semblables ; mais, en général, le montant de la révision ne peut être fixé d'avance ; la clause en établit le principe, le quantum se détermine sur production des lettres de voiture.

Naturellement, le prix à envisager est le prix réellement payé par le fournisseur, c'est-à-dire compte tenu de la détaxe (D.M. 272 C.N.3 du 25 sept. 1923).

*
* *

En résumé, lorsqu'il y a fait du prince, l'aléa administratif conduit à indemniser le fournisseur beaucoup plus largement que l'aléa économique ; mais les conditions pour qu'il y ait fait du prince au sens juridique du terme sont trop nombreuses pour être souvent satisfaites simultanément.

Quand il n'y a pas fait du prince, l'aléa administratif est garanti dans les mêmes conditions que l'aléa économique ; mais ses amplitudes sont plus faibles, il n'excède généralement pas les risques prévisibles, il ne bouleverse pas le contrat ; il serait donc moins susceptible de faire jouer l'imprévision si celle-ci était un principe reconnu ; cependant l'Administration est parfois plus disposée à réviser les contrats par mesure de bienveillance lorsqu'elle est responsable de la hausse.

Dans l'ensemble, *le fournisseur est un peu mieux garanti contre l'aléa administratif que contre l'aléa économique.*

Nous rangeons jusqu'à nouvel ordre la baisse de la monnaie dans l'aléa économique ; notre conclusion recherchera si c'est là une solution logique.

Les clauses de révision sont plutôt moins nombreuses pour l'aléa administratif que pour l'aléa économique : le premier, étant plus faible, est plus facilement endossé par le fournisseur ; il est généralement mieux prévisible, mais le fournisseur se résigne plus difficilement à le supporter, car il le considère comme un moyen pour l'Administration de diminuer indirectement sa dette et par

conséquent comme une violation unilatérale du contrat ; l'Administration admet parfois cette thèse et consent à introduire des clauses, mais le plus souvent elle s'y oppose en invoquant l'universalité de la loi.

Les conditions que doivent ici remplir les clauses sont analogues à celles déjà rencontrées pour l'aléa économique : en particulier, les clauses de principe sont à proscrire de la façon la plus formelle ; seules les clauses automatiques sont admissibles.

CONCLUSION

Il est temps de conclure cette trop longue étude.

Pour le faire, nous rappellerons d'abord les quelques principes fondamentaux dont l'application s'est imposée à nous et les constatations pratiques auxquelles nous avons été conduits ; nous appliquerons les uns et les autres à rechercher quels sont, pour chacun des cocontractants, les avantages et les inconvénients des clauses de révision ; nous en déduirons les cas dans lesquels il convient de les introduire dans les marchés de fournitures.

*
* * *

Le respect des contrats par les fournisseurs. — Le premier principe fondamental dont l'application s'est imposée à nous de façon impérative est le respect des contrats ; notre civilisation l'a hérité de la tradition romaine, elle l'a strictement maintenu pendant des siècles, la morale l'a consacré, le droit en a assuré l'observation en mettant à son service toute la rigueur des lois ; l'honneur commandait le respect de la foi jurée, celui qui manquait à sa parole était taxé d'infamie ; « si la sévérité des codes et des mœurs fut parfois excessive, elle était du moins, pour les institutions sociales, la base solide sur laquelle on pouvait construire en sécurité ; c'est cette base qui est aujourd'hui dangereusement menacée » (1).

(1) Allix, *Sans-Fil*, 3.2.32.

Le respect des contrats est trop souvent considéré comme un luxe réservé aux seules « poires » ; la règle normale devient leur adaptation aux exigences du moment, sinon même leur interprétation par le libre examen de chacun ; la faillite n'est plus qu'un moyen commode de « semer » ses créanciers anciens, avant de leur chercher des successeurs ; les sociétés anonymes les plus respectables ne songent qu'à échanger cinq obligations contre une de même valeur ou à faire subir à leur capital le classique « coup d'accordéon » ; pour rendre licite ce qui ne l'était pas, un simple changement de vocabulaire suffit ; et, par la toute puissance des mots, une banqueroute se transforme en un « assainissement », une congélation de crédits ou une stabilisation ; la conception romaine de la dette fait place trop souvent à la conception orientale suivant laquelle le débiteur est libéré par le versement de quelques fortes annuités.

Il est grand temps de revenir au principe de la sainteté des contrats ; la terrible crise économique actuelle n'est-elle pas en grande partie un phénomène d'inquiétude et de méfiance généralisée ? Impossible de reconstruire sur des bases solides si l'on ne revient pas au strict respect de la parole donnée : « *Hoc servabitur quod initio convenit ; legem enim contractus dedit* » (1). Les lois et les jurisprudences attentatoires à ce principe étaient une conséquence de l'ébranlement général causé par la guerre sur les institutions et les consciences ; leurs derniers vestiges doivent disparaître, si l'on veut réellement mettre un terme au grand « désarroi des hommes et des choses ».

En fait, nous l'avons vu, l'imprévision est déjà expirante ; ingénieuse explication de circonstance, échafaudée pour justifier théoriquement une solution pratiquement acceptable d'un problème très particulier, elle n'a jamais été un principe général de jurisprudence ; le Conseil d'État n'a, en fait, voulu régler que le cas des concessions de gaz et d'électricité ; mais la théorie qu'il avait un peu imprudemment édifiée risquait de prendre une extension qu'il jugeait dangereuse ; il s'est tiré de ce mauvais pas en parlant toujours d'une théorie générale de l'imprévision, mais en décidant invariablement, pour chaque marché de fournitures pris

(1) Digeste, livre L, tit. 17, fr. 23.

en particulier, que les conditions n'en étaient pas réunies. La théorie demeure ; constamment perfectionnée, mise au point dans tous ses détails, elle est maintenant extrêmement cohérente ; mais elle reste dans les hauteurs de la spéculation et, tant qu'il ne s'agit pas d'un concessionnaire de gaz ou d'électricité, elle ne s'abaisse jamais plus à une application pratique. Dès lors, abandonnant les conventions admises et négligeant la règle du jeu, il nous paraît préférable de dire : la théorie de l'imprévision n'est pas une théorie, elle ne reconnaît pas l'imprévision ; c'est un astucieux procédé pour régler une question délicate, spéciale aux concessionnaires ; solution d'espèce, elle n'a reçu et ne peut recevoir aucune extension ; elle n'a rien à voir avec les contrats en général et avec les marchés de fournitures en particulier. Elle est donc totalement étrangère au cas qui nous intéresse.

Il est inutile de disséquer trop habilement les théories ou les jurisprudences ; le fournisseur que nous avons considéré ne peut et ne pourra rien en tirer ; quand il a donné sa signature, il doit s'exécuter ; *en l'absence de clause, le contrat n'est jamais révisable* ; pour éviter les risques que nous avons exposés, le fournisseur n'a qu'un moyen possible : mettre, pour ainsi dire, « l'imprévision en formules » (1), autrement dit introduire dans ses marchés des clauses de révision.

*
* * *

Le respect des contrats par l'Administration. — Mais ce principe fondamental du respect des contrats va trouver ici une deuxième application, si nous le considérons sous la face opposée ; car, s'imposant aux particuliers, il s'impose aussi à l'Administration : la « raison d'État » n'est nullement une raison pour l'État de répudier ses engagements.

Or, *dans le fléchissement moral contemporain, les Etats ont une large part de responsabilité* ; citons pour mémoire quelques cas évidents : à peine l'Allemagne a-t-elle contracté un engagement quelconque, financier, politique ou militaire, qu'elle cherche, sinon à le répudier, tout au moins à ne pas l'exécuter ; elle ne signe chaque

(1) Jolly, *Le nouveau régime légal de distribution d'énergie électrique*, p. 114.

accord « complet et définitif » sur les réparations que pour le déclarer inapplicable un an après ; avec Brüning comme avec Stresemann, elle ne songe qu'à réviser les traités ; et de Bethmann-Hollweg à Hitler, le respect des contrats n'a cessé de faire place au mépris des chiffons de papier. L'Italie, opposant le dynamisme au statisme, ne respecte que les traités jugés par elle « capables de vivre ». La Russie soviétique recueille l'actif de la Russie tsariste et répudie son passif. Les États qui ne paient plus leurs dettes deviennent sans cesse plus nombreux ; l'exemple de la Turquie et des États de l'Amérique du Sud s'étend peu à peu à la plupart des pays : ceux qui se contentent de suspendre l'amortissement ou de réduire l'intérêt sont les plus scrupuleux ; les autres préfèrent le moratoire total. Il est inutile d'insister sur ces cas, reconnus par tous : mais on admet généralement que la France, la Grande-Bretagne et les États-Unis restent les derniers soutiens de l'honnêteté la plus scrupuleuse. Est-ce bien certain ? En politique, oui, si nous mettons à part l'alliance anglo-saxonne promise en 1919 contre les premiers renoncements de la France. Mais, au point de vue financier, tous les États peuvent se frapper la poitrine.

On a prétendu que l'État français avait tenu tous ses engagements, parce qu'il n'a décrété ni moratoire, ni réduction imposée d'intérêts, ni même consolidation forcée ; et M. Poincaré a pu dire à Versailles : « Il n'y a pas deux morales, l'une pour les particuliers, l'autre pour l'État. L'État doit se conduire en honnête homme. L'État doit tenir les promesses qu'il a faites : il y va de son intérêt vital, il y va de la renommée, de la dignité, et, puisqu'on a prononcé le mot, et on a eu raison, il y va de l'honneur du pays ».

Mais M. Jèze traite ces paroles d'attrape-nigauds.

En 1916, les présidents des deux Chambres, les présidents et les rapporteurs généraux des deux Commissions des finances adressaient aux femmes de France l'appel suivant : « Femmes de France, ce n'est pas un sacrifice que nous vous demandons, c'est une bonne affaire que nous vous conjurons de réaliser. Ce billet de banque de 20 francs, lui aussi, vaudra toujours 20 francs, c'est-à-dire autant que votre belle pièce d'or... »

L'État français a toujours présenté la dévalorisation de 1918-1926 comme une opération licite, ne lésant personne ; le « faux

monnayeur » Philippe le Bel était plus franc quand il disait, lors de la grande altération de 1295 : « Nous avons été obligés de faire frapper une monnaie à laquelle il manque quelque chose du poids et de l'alliage que nos prédécesseurs y mettaient ». Mais, ajoutait-il « je recevrai moi-même cette monnaie en paiement de ce qui m'est dû, et plus tard j'indemniserai ceux qui auront subi du dommage de ce chef » ; et il engageait à cet effet les revenus de ses domaines.

« Enfin, dès qu'il le pouvait, le roi invitait les détenteurs de monnaies « faibles » à les rapporter à ses ateliers, afin qu'il put les faire refondre en « monnaies bonnes et anciennes » (1).

Il n'a pas encore été question d'adopter une pareille mesure en France depuis 1928...

M. Jèze apprécie comme suit la stabilisation (2) : « Cynique ou sournoise, la banqueroute est financièrement une répartition de la charge entre les seuls porteurs des titres de la dette... Il est manifeste qu'elle doit être condamnée comme inique et contraire au principe fondamental des finances publiques modernes : l'égalité des individus devant les charges publiques... La charge de chacun dans le fardeau ne doit pas dépendre du hasard de la possession des titres de la dette... C'est une véritable escroquerie et une déloyauté que de faire appel au patriotisme des capitalistes pour les amener à souscrire aux emprunts de guerre et de répudier ensuite la dette soit cyniquement soit sournoisement... »

Et M. Germain Martin condamne la dévaluation « tant sur le terrain des principes moraux que sur le terrain des faits économiques » (3).

De 1924 à 1926, les puritains anglo-saxons prenaient des airs de pudeur effarouchée ; aujourd'hui, l'Angleterre et les États-Unis luttent à qui fera tomber le plus bas sa monnaie nationale ; ils ne recherchent pas s'ils tiennent leur parole, ils se demandent seulement jusqu'à quel point ils doivent dévaluer pour favoriser leurs exportations.

L'État qui laisse ou qui fait tomber sa monnaie agit sous la pression des industriels et commerçants et de tous les débiteurs,

(1) Funck-Brentano, *Moyen Age*, p. 384.

(2) *Revue des Services financiers*, 1925 ; — Chambre des députés, séance du 16.9.32, *J. O.*, p. 2741.

(3) Même séance, p. 2741.

inflationnistes par principe ; il cherche à relever sa balance commerciale, à diminuer sa dette, à restreindre ses dépenses réelles sans trop faire crier les parties prenantes ; il recule devant les solutions héroïques, il se laisse glisser sur les pentes de la facilité ; dans tous les cas, il est coupable.

Ici, notre fournisseur devrait donc pouvoir obtenir satisfaction ; autant nous lui refusons une révision pour aléa économique normal, autant nous trouvons qu'il a droit à compensation quand l'État lui passe une commande pour un million-or et ne lui paie qu'un million-papier ; car, en ce faisant, l'État, maître de sa monnaie, commet encore un véritable abus de confiance, dont il devrait rendre raison.

Mais, nous le savons, la jurisprudence, tant civile qu'administrative, a toujours été intransigeante sur ce point : elle ne fait aucune différence entre un franc-or et un franc-papier ; pour elle, le franc reste toujours le franc ; trop large quand l'aléa est purement économique, elle reste intraitable quand la dévalorisation monétaire devrait entraîner la responsabilité contractuelle de l'État.

Et qu'on n'incrimine pas ici la Constitution française : la solution est la même dans les pays où une Haute Cour peut apprécier la constitutionnalité des lois ; condamner l'État à indemniser tous ceux qu'il lèse volontairement en dévaluant entraînerait pour lui des conséquences si onéreuses qu'il ne pourrait les supporter ; mais, précisément, ne serait-ce pas là le meilleur moyen pour l'empêcher de songer un instant à la dévaluation ?

Quoi qu'il en soit, ce sont là, pour le moment, pures spéculations de l'esprit et la réalité est tout autre : *l'Etat qui laisse tomber sa monnaie devrait indemniser son fournisseur ; mais rien ni personne ne peut l'y obliger ; le fournisseur n'a rien à espérer à ce sujet.*

Et pourtant il est indispensable qu'il se protège contre pareil risque ; il peut s'exposer au risque économique normal en majorant son prix en conséquence, il ne peut traiter pour trois ans si son cocontractant a, pendant ce temps, le pouvoir de réduire sa dette à volonté ; il n'a pas le droit de diminuer le tonnage des bateaux ou le calibre des canons qu'il fournit, il ne peut laisser à l'État la faculté de diminuer la valeur des espèces livrées en échange.

Il n'a donc qu'une seule ressource : introduire dans le marché une clause qui le mettra à l'abri ; si c'était une clause-or ou analogue,

l'Administration qui l'aurait signée pourrait ensuite l'attaquer comme contraire à une loi impérative ou à l'ordre public (1) et elle obtiendrait gain de cause devant le Conseil d'État ; l'État pourrait encore faire une nouvelle loi décrétant la nullité de clauses valables jusqu'alors : ainsi, en juin 1933, les États-Unis ont décidé la suppression pure et simple des clauses-or insérées dans les contrats entre particuliers.

Seules les clauses de révision seront sûres, si elles sont rédigées avec précaution ; et leur résultat sera sensiblement le même que celui des clauses-or ou de leurs succédanés.

* * *

Ainsi, de quelque côté que nous le considérions, l'indispensable respect des contrats conduit aux clauses de révision :

1^o Le fournisseur doit respecter strictement son contrat ; il ne peut donc obtenir une révision qu'en la prévoyant par une clause expresse.

2^o L'État doit respecter strictement son contrat ; pour cela, il doit payer réellement le prix convenu c'est-à-dire le prix-or qu'il a promis en contractant ; mais le fournisseur n'a qu'un moyen de l'y contraindre, c'est d'introduire dans le marché une clause de révision.

* * *

Les clauses doivent être indiscutables. — Cependant une clause de révision n'est avantageuse que si elle est indiscutable : telle est la deuxième conclusion formelle qui s'est imposée à nous.

Tout notre troisième chapitre a montré l'impossibilité d'admettre des clauses de principe : nous n'y reviendrons pas ; l'examen de la révision « assurances sociales » a encore confirmé les difficultés qu'entraînent les clauses vagues.

Écartons-les donc et par cela même nous supprimerons certains inconvénients qui leur sont spéciaux : discussions interminables,

(1) *Rev. Dr. public*, 1930, p. 456.

litiges, complication, perte de temps, intrusion administrative dans les affaires du fournisseur, infériorité de l'État privé d'éléments de discussion, etc.

Certes, les litiges peuvent être supprimés par l'arbitrage ; et nous n'envisageons pas ici de simples comités consultatifs de règlement amiable, comme ceux organisés par les ministères des Travaux publics (décret du 24.12.07), de la Guerre (déc. du 30.5.10), des Colonies (déc. du 26.8.10), de la Marine (déc. du 13.3.11) ; de tels organismes sont très utiles mais leur avis ne lie aucune des parties en cause ; l'autorité professionnelle et morale de leurs membres donne seulement une plus grande valeur à l'opinion qu'ils expriment. L'arbitrage proprement dit est bien préférable ; ainsi quelques marchés (chemins de fer de l'Est, distribution d'électricité aux colonies, etc.) prévoient que tous les litiges soulevés par leur application seront tranchés soit par un arbitre unique, soit par deux arbitres s'adjoignant un tiers arbitre. C'est là une idée heureuse, susceptible d'applications intéressantes, soit pour combler les lacunes des clauses automatiques, soit même pour faire admettre très exceptionnellement une clause de principe.

Mais, si la décision des arbitres est indiscutable, ils rencontreront néanmoins les difficultés que rencontraient déjà les parties ; et surtout, la pratique administrative repousse l'arbitrage, car le ministre seul décide et un particulier ne peut valablement engager l'Administration.

D'ailleurs, même si l'arbitrage était possible, d'autres raisons suffiraient à interdire les clauses de principe : elles résultent, en premier lieu, du caractère aléatoire du contrat d'entreprise et, en deuxième lieu, de la nécessité d'enlever au fournisseur toute influence directe sur la révision.

*
* * *

L'entreprise doit conserver son caractère aléatoire. —
Nous ne nous plaçons pas ici au point de vue théorique ; certes, la plupart des contrats sont mélangés d'aléa et comportent en quelque sorte un pacte aléatoire adjoind à un contrat commutatif (1).

(1) Pandectes françaises, t. 5, nos 46 à 50 ; — Troplong, *Des contrats aléatoires*, nos 19 à 24 ; — Kahn, *L'aléa dans les contrats*, p. 56 et 90 à 91.

Mais plaçons-nous seulement au point de vue économique : contracter, c'est prévoir ; tout contrat est une emprise sur l'avenir, il contient une idée d'assurance (1).

A fortiori en est-il de même pour le contrat d'entreprise qui comporte essentiellement de l'aléa (2), pour le marché de fournitures dont une des principales caractéristiques est d'être aux risques et périls du fournisseur (3).

Cet aléa, ces risques, les parties entendent les réduire quand elles introduisent des clauses de révision ; mais elles ne veulent pas les changer de tête, elles désirent seulement les répartir.

Inévitablement, les fournisseurs devaient s'écarter de ce point de départ et prétendre que les clauses avaient pour but de supprimer pour eux tout aléa, si faible soit-il.

C'est là une manifestation particulière d'une tendance très générale à notre époque : « A force d'accueillir ou même de provoquer les revendications raisonnables ou déraisonnables, les Parlements ont fini par inculquer aux foules l'illusion que l'individu n'a qu'à se reposer sur la collectivité du soin de lui procurer des marchés s'il est commerçant, des emplois s'il est ouvrier ou de l'entretenir aux frais du budget si ses affaires vont mal » (4). Les générosités électorales ont gâté le citoyen ; à force de voir l'État réparer des dommages de toutes sortes, il a fini par considérer comme un droit la réparation de tout dommage ; les lois d'assurance sont devenues des lois d'assistance, l'assistance elle-même se transforme en une obligation contractée par l'État ; quoi qu'il lui arrive, l'individu s'adresse à l'État-providence ; celui-ci a royalement indemnisé les victimes des inondations ; pourquoi ne compenserait-il pas aussi les méfaits du mildiou et de la grêle, de la gelée et de la sécheresse, des avalanches de boue et du doryphora ? Quant il y a mévente, il « doit » acheter le vin et le blé en excédent ; il « doit » multiplier par 10 les droits de douane, interdire ou contingenter les impor-

(1) Ripert, *La règle morale*, p. 153 et 155 ; — Cattand, *La clause rebus sic stantibus*, p. 73, 74, 110, 111.

(2) Aucoc, *Conférences*, II, § 614 ; — Porte, *Entrepreneurs et profits industriels*, thèse, Grenoble, 1901 ; — Bruguilles, *Rev. trim. de Droit civil*, 1912, t. II ; — Lagrave, *Le forfait en matière d'entreprise*, p. 36, 37, 71, 72, 108 à 112, 119 ; — Jèze, R.D.P., 1932, p. 248.

(3) Soc. commerciale des carbures, conclusions du com. du gouv. Corneille, R.D.P., 1921, p. 486 et suiv. ; — Jèze, R.D.P., 1925, p. 446 et suiv.

(4) Edgard Allix, *Sans-Fil*, n° 2268 du 24.3.31.

tations ; il « doit » combler le déficit des grandes sociétés en déconfiture, en attendant qu'il « doive » rembourser les dettes des particuliers.

Quand l'État ne paie pas les dommages, on s'assure contre eux ; et c'est ainsi qu'un individu peut impunément tuer ses concitoyens moyennant le paiement annuel de quelques centaines de francs ; M. Savatier, professeur à la Faculté de Droit de Poitiers, voit un grand péril dans le fait que la réparation est toujours supportée par une compagnie d'assurances et non par l'auteur de la faute : « La socialisation générale de la réparation des dommages, dit-il, aboutit à la disparition complète du sentiment de la responsabilité individuelle. Nous ne méconnaissions pas d'ailleurs que cette disparition elle-même correspond en un certain sens aux penchants des sociétés modernes. La peur individuelle des responsabilités et des risques, le désir de chacun de se substituer l'anonyme et énorme collectivité comme bouc émissaire en cas de reproche ou de faute n'y sont que trop répandus. Mais doit-on voir là une marque de progrès : cette peur des responsabilités et cette hantise de les rejeter sur la collectivité ne seraient-elles pas plutôt la marque de l'ankylose des forces vitales d'une civilisation ? » (1).

L'État qui « doit » tant de choses ne « doit »-il pas aussi garantir à ses fournisseurs un gain normal, quelles que soient les circonstances ? Et voilà justifiées les prétentions inadmissibles qui se sont fait jour à propos de l'imprévision.

L'assurance possible pour couvrir les fautes ne s'impose-t-elle pas pour couvrir les pertes dont le fournisseur n'est pas responsable ? Et voilà pourquoi les clauses de révision doivent supprimer tout aléa, si petit soit-il.

Il importe de réagir contre cet état d'esprit, *l'État n'est pas une compagnie d'assurances « tous risques »* : « il ne s'agit pas d'éviter des pertes au vendeur pour les faire supporter à l'acheteur, mais plutôt d'un partage aussi rationnel que possible, entre les deux contractants, des effets des circonstances sur l'économie du contrat » (2) ; il s'agit d'éviter au fournisseur un risque trop grand

(1) D. H., 1931, n° 5, p. 9.

(2) Voir Fyot, *op. cit.*, p. 154 et suiv. ; — Laurent, t. XVI, n° 271 ; — Colin, et Capitant, t. II, p. 22.

de façon à apporter plus de sécurité dans les rapports contractuels.

Mais il est indispensable que le vendeur conserve une part d'aléa. Si « quelque prévoyance ne messied pas au salarié » (1), à fortiori cette qualité est-elle utile à l'entrepreneur ; une part suffisante des augmentations de charges économiques doit lui incomber pour qu'il soit intéressé à réduire les dépenses. Si l'État ne fabrique pas lui-même tout ce dont il a besoin, c'est parce que l'absence d'intérêt individuel le place en infériorité vis-à-vis de l'entreprise privée ; celui qui risque sa fortune ou sa ruine a une conscience particulièrement vive de sa responsabilité ; aucune autre force n'est aussi capable de tendre les énergies, de développer les initiatives, de suggérer les économies, d'augmenter le rendement.

Or tous ces avantages disparaîtraient si les clauses, supprimant tout aléa, transformaient l'entreprise en travail en régie.

Pareille transformation est rarement complète ; presque toujours, le fournisseur reste intéressé à diminuer les quantités de matière et de main-d'œuvre qu'il emploie ; mais souvent, il n'a plus aucun intérêt à acheter au meilleur prix ni à maintenir les salaires dans des limites raisonnables ; le paiement de salaires suffisants, assurant à l'ouvrier une vie digne pour lui et les siens, est certes une nécessité sociale ; mais c'est là une question d'ordre général à régler autrement que par l'argent des contribuables ; l'État n'a rien à voir dans les relations entre ses fournisseurs et leurs ouvriers, son rôle n'est pas d'avantager ces derniers par rapport à leurs camarades des autres industries.

Pour que l'entreprise garde son caractère aléatoire, pour que les risques soient simplement répartis, il convient :

1^o que le fournisseur profite de toutes les améliorations qu'il apporte au prix de revient : *il faut donc adopter des clauses forfaitaires* ;

2^o que le fournisseur continue à supporter une partie des variations ; par conséquent, *les pourcentages révisables et la marge neutralisée devront être combinés de façon telle que le fournisseur soit déchargé du seul aléa anormal.*

(1) Oualid, *Cours de doctorat*, 1923-1924.

* * *

Le fournisseur ne doit pas pouvoir modifier lui-même la somme qui lui est due. — C'est l'application d'un principe plus général : aucune des parties ne doit pouvoir agir unilatéralement, pour modifier les charges de son cocontractant. Appliqué à l'État, ce principe a conduit à la théorie du fait du prince ; appliqué au fournisseur, il doit faire écarter les clauses par lesquelles le fournisseur pourrait à sa guise agir sur la révision.

Pareille conclusion s'est trop souvent imposée à nous au cours de cette étude pour qu'il nous soit utile d'insister.

Si la révision dépend des prix réellement payés par le fournisseur, celui-ci peut être tenté par toute une série de manœuvres, que nous avons rencontrées ou indiquées ; il peut acheter ses matières à n'importe quel prix, même au-dessus des cours du jour ; qui l'empêcherait de s'entendre à ce sujet avec ses propres fournisseurs de matières premières et avec ses sous-traitants ? Il peut faire monter trop rapidement ses salaires en cas de hausse ou ne pas les diminuer en cas de baisse ; il peut faire varier la proportion des primes et bonis par rapport au salaire d'affûtage, agir sur le nombre d'apprentis, etc. Il aura tendance à freiner la baisse des prix et à accélérer leur hausse. Ainsi, dans tous les cas, une telle révision serait un élément de vie chère.

Pour éviter ces inconvénients, il convient donc tout d'abord d'écarter les clauses de principe — quel que soit le point de vue, nous en arrivons toujours à ce même refrain — ; *il convient aussi de baser la révision automatique, non pas sur les prix et salaires réellement payés par le fournisseur, mais sur des prix et salaires forfaitaires, sur lesquels il ne puisse avoir aucune influence.*

Certains services, nous le savons, sont restés hostiles à une telle conclusion ; il faudra pourtant bien qu'ils l'adoptent, sous peine de voir constamment surgir de nouveaux litiges, dont les primes et bonis nous ont fourni un des plus beaux exemples.

Depuis longtemps, ces services ont renoncé à la réparation directe du préjudice que leur cause un retard de livraison ; ils ont adopté le système des pénalités, dont la supériorité est indiscutable (1) ;

(1) Duffaud, *Les pénalités dans les marchés de fournitures*, p. 55 à 63.

le forfait n'est pas moins utile dans les clauses de révision ; dans un cas comme dans l'autre, il faut renoncer à suivre la réalité dans tous ses détours ; il faut se résigner à adopter les clauses forfaitaires, beaucoup plus simples et qui empêchent toute manœuvre.

Mais il convient que ces clauses soient très soigneusement étudiées.

* * *

Les clauses doivent être très étudiées dans tous leurs détails. — Toute notre étude a en effet montré que des clauses mal rédigées étaient plus nuisibles qu'utiles.

De même, les critiques qui ont été faites aux index économiques électriques résultaient le plus souvent d'erreurs dans leur conception ; par exemple, on leur a reproché d'amplifier les variations qu'ils devraient freiner et d'augmenter ainsi dans la tarification des services publics l'instabilité qu'ils prétendaient supprimer (1) ; ils laisseraient le producteur indifférent à la hausse des salaires et l'inciteraient même à payer son charbon le plus cher possible (2) ; ils auraient ainsi, comme l'imprévision, tourné à l'avantage exclusif du concessionnaire et auraient été nuisibles à l'intérêt général, en favorisant l'élévation des tarifs (3) ; or ces divers inconvénients tiennent non au principe des index mais à leur application défectueuse, ainsi que le montre précisément M. Jacquemard : ils seraient établis sur des chiffres supérieurs à la réalité (4) ; l'analyse de leur résultat serait pratiquement impossible parce que leur fixation, d'ailleurs très compliquée, serait faite par des bureaux ignorés du public et subissant d'autre part la pression des concessionnaires (5).

De même encore, M. Szturm de Sztrem, de l'Institut d'Économie sociale à Varsovie, a montré que bien des défauts reprochés à l'échelle mobile des salaires résultaient en réalité de méthodes défectueuses employées pour son application pratique (6).

Ainsi la plupart des inconvénients entraînés par les clauses de

(1) Jacquemard, *op. cit.* p. 242 à 245.

(2) *Id.*, p. 239.

(3) *Id.*, p. 243, 245.

(4) *Id.*, p. 239, 242.

(5) *Id.*, p. 239.

(6) *Rev. intern. du travail*, sept. 1924.

révision provenaient de ce qu'elles avaient été mal étudiées ou mal appliquées ; la plupart pouvaient disparaître en prenant les précautions voulues ; c'est ce que nous a montré en détail l'examen des divers cas particuliers.

Citons de ce fait un dernier exemple : avec les clauses de révision, a-t-on dit, le fournisseur a tendance à s'opposer à la baisse, ce qui est fâcheux. Mais pourquoi en est-il ainsi ? Parce qu'en période de hausse le fournisseur a majoré ses pourcentages révisables ; si ces pourcentages étaient exacts, la baisse le laisserait indifférent ; d'ailleurs, si la clause est forfaitaire, il n'a plus intérêt à s'opposer à la baisse.

Le cas des primes et bonis nous a montré que parfois des difficultés survenaient encore alors qu'on croyait avoir pris toutes précautions pour les écarter ; seules donc, une étude très approfondie et une rédaction très soignée des clauses feront disparaître la plupart de leurs inconvénients ; mais ces conditions sont certainement difficiles à remplir ; elles le sont pour le fournisseur dont les devis ne comportent pas toujours toute l'exactitude voulue, surtout quand la concurrence n'est pas à craindre ; elles le sont plus encore pour l'Administration, qui est en état très net d'infériorité.

L'État, qui n'exécute pas lui-même, qui n'a pas les données fournies par la pratique, ne peut établir directement que des devis approchés ; il ne peut compter pour ce faire sur l'aide des industriels, toujours méfiants de l'ingérence étatiste (peut-on le leur reprocher ?), très jaloux de leurs procédés et souvent enclins à étendre exagérément les limites du secret professionnel.

Les administrations ne s'aident pas les unes les autres ; elles ne reçoivent aucune directive commune ; chacune d'elles introduit des clauses ou les repousse, selon ses préférences ; chacune d'elles a des méthodes particulières et nous avons pu constater, à ce sujet, d'in vraisemblables et d'inadmissibles différences de doctrine et de procédés.

Les cloisons sont même beaucoup plus étanches entre administrations qu'entre fournisseurs ; par exemple, en 1926, la Guerre a introduit des clauses sous la pression des industriels qui lui citaient l'exemple de la Marine ; c'est par eux qu'elle en a appris l'existence et non par la Marine elle-même ; ainsi chaque minis-

tère apprend les procédés des autres ministères non par ceux-ci, mais par les fournisseurs ; et, naturellement, les fournisseurs n'invoquent alors que les clauses ou parties de clauses qui leur sont favorables, ils taisent ce qui leur est défavorable ou les précautions prises par les administrations respectives.

Ce que nous disons des divers ministères s'applique même parfois aux divers services d'un même ministère...

Il serait indispensable que des directives générales, communes à tous les ministères, leur fussent données en ce qui concerne les clauses de révision de prix.

L'État n'en restera pas moins défavorisé par rapport aux fournisseurs pour la rédaction du devis et, par conséquent, pour la rédaction des clauses.

Doit-il pour cela rejeter systématiquement les clauses ?

Nous ne le croyons pas, parce que le temps travaille à les améliorer ; en période de hausse, par exemple, le fournisseur augmentera au delà de la réalité ses pourcentages révisables ; la révision lui rapportera ainsi des bénéfices exagérés tant que durera la hausse ; mais les mêmes formules lui feront perdre de l'argent quand surviendra la baisse ; il diminuera ainsi les pourcentages pour les marchés suivants ; nous ne faisons pas là une simple hypothèse, mais une constatation d'un phénomène observé pour les différents marchés de bateaux de guerre.

Naturellement, l'État ne devra pas admettre que les coefficients fassent des bonds à chaque changement de la conjoncture ; il devra tenir la main à ce que la fourchette se resserre très rapidement pour encadrer la réalité au plus près et au plus vite.

En combinant ce procédé avec des comparaisons entre industriels et des échanges de renseignements entre administrations, l'État doit parvenir à des formules correctes pour les fabrications qui ne sont pas entièrement nouvelles.

Par approximations successives, les clauses s'amélioreront en prenant de la bouteille.

Mais, au début de leur application, il est inévitable que l'Etat soit toujours « roulé ».

*
* *

L'influence des clauses sur les prix. — Si l'État commence par perdre à tous les coups, pourquoi certains services, au premier rang desquels il faut placer les Constructions navales, sont-ils de fervents défenseurs des clauses ? C'est, nous l'avons vu, parce qu'ils estiment ainsi pouvoir serrer de plus près les prix de revient ; nous avons maintes fois rencontré cet argument : « Le fournisseur qui craint une hausse de 5 % sur tous les éléments du prix de revient va majorer son prix de 10 % pour être certain de ne pas perdre ; avec une clause, l'État risque de payer 5 % au grand maximum ; sans clause, il est sûr de payer 10 % ; moins il est laissé d'aléas à la charge des fournisseurs, plus il est facile à l'Administration de faire baisser les prix demandés ».

Nous devons maintenant examiner cet argument.

Tout d'abord, s'il était valable, il s'appliquerait aussi aux pénalités et aux rabais : « en faisant son prix, pourrait-on dire, le fournisseur se couvre des pénalités et des rabais qu'il peut encourir pour retards et défauts ; il prend à ce sujet une assurance exagérée ; l'État obtiendra des prix plus avantageux s'il endosse le risque éventuel des dommages à lui causés par un retard de livraison, et s'il accepte sans rabais les pièces présentant de légers défauts ne nuisant pas à leur emploi. Il a donc intérêt à supprimer les pénalités et les rabais ». Or toutes les administrations sont d'accord pour les maintenir.

Mais l'argument, qui de toutes façons serait spécial au cas de hausse, est-il valable ?

Il est bien difficile de donner à cet égard des preuves convaincantes ; signalons seulement quelques faits particuliers ; en premier lieu, de gros fournisseurs de l'État nous ont déclaré que leurs prix étaient faits en tenant compte des cours actuels des matières et de la main-d'œuvre, et non des cours prévus pour les mois suivants ; ils sont majorés des frais généraux actuels et non des frais généraux probables dans l'avenir ; et ceci est vrai dans les périodes de prospérité comme aux époques de crise ; le bénéfice réalisé sur un marché donné a donc tendance à être plus faible en période de hausse et plus fort pendant la crise ; c'est là une circonstance favorable, qui d'ailleurs est loin de compenser la différence entre

les marges de bénéfices possibles dans l'un et l'autre cas. Cette manière de faire les devis paraît exposer le fournisseur à de gros risques : en réalité, il n'en est rien car d'une part le fournisseur se couvre généralement contre les aléas en commandant toutes ses matières dès la signature du marché, par des contrats au comptant ou à terme ; d'autre part, l'augmentation des salaires n'est que progressive et le fournisseur en reste maître dans certaines limites. Ainsi les fournisseurs interrogés établissent leurs prix de la même façon que le marché soit ou non révisable ; pour eux, l'argument examiné serait donc sans valeur.

De même, les devis ne tiendraient aucun compte des lois sociales prévisibles mais non encore en vigueur. Un fait particulier confirmerait cette affirmation : en 1930, la Marine admettait une clause de révision pour les charges d'assurances sociales ; aussitôt, *l'Usine*, organe des métallurgistes, célébrait « la première formule libérale proposée par l'Administration en faveur de ses fournisseurs » (1) ; alléchés, lesdits fournisseurs essayaient d'étendre leurs avantages et certains d'entre eux faisaient à la Guerre des offres de soumission avec une clause analogue à celle de la Marine ; *la Guerre refusait formellement la clause, les fournisseurs finissaient par y renoncer, mais ils ne changeaient pas leurs prix* ; ainsi la clause de la Marine aurait constitué une erreur énorme : elle aurait rapporté au fournisseur un bénéfice net, sans diminuer en rien le prix consenti.

Enfin, les gros fournisseurs de l'État ont pu examiner de près les conséquences des clauses ; s'ils estimaient qu'elles améliorent les prix obtenus, ils les introduiraient dans les marchés où ils sont eux-mêmes acheteurs ; or ils n'en font rien, ils achètent à prix strictement forfaitaire.

L'argument invoqué paraît donc inexact.

En réalité, *les prix obtenus sont conditionnés non par la présence ou l'absence de clauses, mais par le degré très variable de la concurrence.*

Pour certaines fournitures de consommation courante, la concurrence joue à plein ; les commandes de l'État sont toujours particulièrement recherchées car la réputation de sévérité de son con-

(1) N° 11 du 14 mars 1930.

trôle compte peu devant une sécurité de paiement inconnue dans les meilleures affaires ; pour obtenir ces commandes, les fournisseurs feront des sacrifices, soit en période de crise, comme cela est évident, soit en temps normal, afin de se réserver un client de choix pour le retour des vaches maigres ; ils seront donc conduits à serrer leurs prix de revient au plus près, parfois même à travailler à perte ; ils ne pourront se payer le luxe d'une large assurance contre les aléas éventuels ; l'Administration obtiendra des prix avantageux, sans qu'il lui soit nécessaire d'introduire la moindre clause de révision.

Parfois, la concurrence joue encore mais elle est restreinte par l'Administration elle-même qui hésite à prendre la responsabilité d'admettre de nouveaux fournisseurs.

Lorsque les fournitures deviennent spéciales à l'Administration (bateaux de guerre, canons, etc.), les fabricants se groupent en Chambres syndicales qui fixent les prix et répartissent les commandes entre leurs membres ; l'Administration peut essayer de briser de semblables coalitions en utilisant systématiquement le marché par adjudication publique ; pour chaque marché, la Chambre syndicale fera soumissionner au prix fixé le fournisseur désigné par elle et, à des prix supérieurs, les autres fournisseurs ; tant qu'il n'y aura pas de dissidence — et il est rare qu'il s'en produise — le cas présent sera analogue au suivant.

Celui-ci, qui est le monopole absolu, se rencontre pour certaines fabrications très spécialisées qu'un seul industriel est capable de réussir. Or ce monopole d'un fournisseur ou d'un groupement de fournisseurs est malheureusement assez fréquent en ce qui concerne les besoins de l'État et particulièrement pour les ministères de la Défense nationale, les P.T.T. (1), la Marine marchande, etc. ; quand il existe, son bénéficiaire fait la loi ; il indique des prix très supérieurs au prix de revient ; il est donc largement couvert contre tous les aléas ; les clauses de révision ne le conduiront nullement à abaisser ses prétentions.

Quel que soit le cas, les clauses seront donc sans influence sensible sur les prix ; leur importance à ce sujet est insignifiante, au contraire le degré de la concurrence est primordial.

(1) *L'Usine*, n° 14 du 8.4.32, p. 47.

Malheureusement, les administrations négligent trop souvent ce point de vue ; elles préfèrent s'adresser aux gens qu'elles connaissent, la nouveauté les effraie ; « la routine leur est à la fois une sécurité et l'assurance d'un travail paisible » (1).

Les prix ne peuvent être améliorés qu'en développant la concurrence, les considérations de défense nationale exigent aussi que les monopoles soient âprement combattus : c'est là un problème dont on ne saurait exagérer l'importance.

Mais, si les clauses de révision paraissent bien n'avoir aucune influence directe sur les prix, n'en ont-elles pas précisément une sur la concurrence ? L'industriel classé, le fournisseur habituel a les reins assez solides pour pouvoir supporter les aléas possibles ; il possède de très gros stocks et peut donc faire ses devis en prenant des cours antérieurs de plusieurs mois ou de plusieurs années à la date de mise en œuvre ; il se rattrapera sur ses autres clients ou sur les autres marchés de l'Administration, au besoin même il digèrera facilement une perte sur un marché déterminé ; au contraire, le fournisseur qui cherche à se lancer est beaucoup plus vulnérable ; il ne pourrait supporter des aléas trop forts ou une perte partielle ; les clauses de révision le décideront peut-être à une soumission qu'il ne pourrait présenter si le prix restait essentiellement forfaitaire.

Ainsi, pris à la lettre, l'argument que nous avons cité est inexact : *l'introduction d'une clause de révision dans un marché ne conduit pas à un abaissement du prix demandé ; mais elle peut favoriser la concurrence en augmentant le nombre des fournisseurs et, par là-même, elle peut contribuer à diminuer les prix dans les marchés futurs.*

*
* *

Conclusion générale. — Nous pouvons maintenant résumer et conclure cette conclusion elle-même.

Les contrats doivent être strictement respectés ; le fournisseur ne peut donc invoquer l'imprévision des contractants, mais seulement leur commune prévoyance ; son unique moyen d'obtenir une révision est de la prévoir par une clause formelle.

(1) *L'Usine, ibid.*,

Mais le caractère aléatoire du contrat doit être conservé ; l'État n'est pas une compagnie d'assurances « tous risques » ; les clauses répartiront donc les risques, elles n'en déchargeront pas totalement le fournisseur.

Les clauses de principe sont à proscrire formellement, pour de multiples raisons ; seules peuvent être admises des clauses d'un automatisme indiscutable, rigoureusement forfaitaires et très soigneusement étudiées.

Quel est le but des clauses ?

En diminuant les risques, dit-on, elles permettent de serrer au plus près les prix de revient ; en réalité, il paraît assez vain de compter sur elles pour obtenir une diminution du prix ; seul le développement de la concurrence pourra parvenir à ce résultat ; l'Administration doit soutenir ses bons et fidèles fournisseurs spécialisés, sans rien faire pour les décourager ; mais, d'autre part, l'intérêt financier de l'État comme les nécessités de la Défense nationale veulent que soient combattus les monopoles et coalitions, encouragés les nouveaux industriels qui désireraient se mettre sur les rangs, en un mot que la décentralisation de l'industrie soit favorisée.

L'introduction des clauses ne peut être considérée comme une bonne affaire pour l'État ; tout au plus peut-on espérer qu'une rédaction particulièrement soignée en fera une opération blanche.

Mais c'est surtout une sécurité que, sous certaines conditions, l'État ne peut refuser à ses fournisseurs : pour ces derniers, les clauses sont, en effet, parfois très utiles et parfois indispensables.

Une clause de révision est très utile au fournisseur pour le protéger contre l'aléa économique dans les marchés importants et à très long terme ; elle le garantit alors contre des pertes trop fortes pouvant même entraîner sa ruine ; en même temps d'ailleurs, et comme contre-partie, elle limite ses gains et les empêche d'atteindre une valeur exagérée. Une telle clause peut être assez détaillée et s'appliquer tant aux matières qu'aux salaires : d'une part, en effet, les salaires sont répartis sur toute la durée du marché alors que les matières peuvent s'acheter dans les premiers mois, surtout lorsque d'importants acomptes sont payables dès leur réunion ; mais, d'autre part, leurs variations présentent moins d'amplitude, moins d'à-coups et peuvent être prévues jusqu'à un certain point par les variations de prix qui les annoncent ; dans

l'ensemble, l'utilité des deux révisions est donc sensiblement équivalente.

Les révisions pour lois fiscales ou sociales ne doivent s'appliquer qu'autant que leur incidence n'est pas déjà comprise dans les autres révisions, sous forme de frais généraux : elles doivent être très soigneusement limitées et précisées, sous peine de conduire à des abus et à des complications inadmissibles.

La marge neutralisée peut être voisine du bénéfice escompté, ainsi le bénéfice réalisé variera entre 0 et le double de la normale.

Parfois très utiles contre l'aléa économique normal, les clauses de révision sont indispensables contre la dépréciation monétaire, plaie de l'époque contemporaine ; cette opération, qui a considérablement perfectionné la technique du faux-monnayage, serait sévèrement punie si elle était commise par les particuliers ; mais celui qui s'appelle lion échappe aux rigueurs du Code ; il serait désirable qu'une Haute Cour de justice, nationale ou internationale, puisse le contraindre à supporter les conséquences de ses actes ; il serait peut-être préférable d'aboutir à un accord général pour une stabilisation universelle et une monnaie mondiale ; mais nous sommes actuellement fort loin d'un pareil rêve ; en attendant sa réalisation, l'État ne peut refuser au fournisseur une assurance contre la dévaluation monétaire.

Car tous les autres risques sont supportables, celui-là seul ne l'est pas.

Or la clause-or est inefficace, l'État la reniera après l'avoir signée, les États-Unis ont même en juin 1933 supprimé purement et simplement les clauses existant dans les contrats entre particuliers.

Les clauses de révision nous paraissent tourner élégamment la difficulté puisque leur validité est incontestable : les annuler par simple ukase serait reculer si loin les limites de l'abus de confiance que pareil danger semble peu vraisemblable, malgré « l'orgie de mauvaise foi » annoncée en juin 1933 au Parlement américain : si l'on admet que le coup de grâce ne sera pas donné au respect des contrats, ce qui anéantirait purement et simplement tout le droit contemporain, les clauses de révision peuvent être considérées comme inattaquables.

Si les clauses présentent pour le fournisseur un intérêt certain, en présentent-elles aussi pour l'État ?

Tout d'abord, quand les principes ci-dessus seront observés, quand les précautions indiquées auront été soigneusement prises, la plupart des inconvénients reprochés aux clauses auront disparu ; d'autres subsisteront encore, qui sont inévitables : l'État, nous l'avons vu, sera toujours « roulé » au début de leur application ; il sera souvent défavorisé pour leur déclenchement, car son attention n'est pas attirée par les baisses comme celle du fournisseur l'est par les hausses ; elles ne sont pas favorables à l'exacte prévision des dépenses budgétaires ; dans leur rédaction enfin, l'État est placé dans une infériorité qu'il devra compenser en dépensant avec soin les trop habiles manœuvres des fournisseurs et en les déjouant avec une grande fermeté.

Si la clause est destinée à diminuer l'aléa économique, l'État perdra tant qu'elle ne sera pas au point ; après, il ne gagnera rien, une balance se produira entre les gains et les pertes réalisés sur les divers marchés aux différentes époques ; mais les clauses sont moins utiles aux gros fournisseurs qu'aux petits ; l'importance de leurs moyens d'action, la valeur de leur crédit, l'existence dans leurs magasins de stocks considérables leur permettent même de s'en passer facilement ; avec ou sans clauses, ils seront sur les rangs ; au contraire, les clauses de révision permettront d'entrer en lice à de petits fournisseurs, qui devraient s'abstenir en leur absence ; elles tendent donc à augmenter la concurrence, ce qui, nous le savons, est de première importance.

La clause pour aléa administratif ordinaire devrait attirer l'attention de l'État sur les conséquences de ses actes ; mais, pour que l'État puisse modifier ses actes s'ils sont dommageables à un de ses services, il faudrait supposer que les administrations se communiquent mutuellement les résultats de leurs expériences ; ainsi les clauses pourraient assagir un État qui serait capable de sagesse...

Quand il y aura dévalorisation et clauses de révision, l'État perdra sur tous les marchés à la fois ; mais la perte ne sera qu'apparente puisqu'il paiera la même valeur-or ; il n'y aura donc pour lui que manque à gagner ; mais les bénéfices importants qu'il aurait réalisés sans cela seraient immoraux et illicites.

Il est juste qu'il en soit privé.

La nature des clauses présente alors moins d'importance ; elles peuvent comporter un nombre de paramètres très réduit ; un para-

mètre unique suffirait même, mais il faut préserver l'État des tentations... ; les clauses doivent donc être inattaquables, ce qui est moins certain avec un paramètre unique qu'avec quelques paramètres correspondant à certains éléments du prix de revient.

Les clauses de révision se rattachent ainsi à divers autres procédés qui tendent à diminuer les risques en période troublée : les uns restent modestes comme l'échelle mobile des salaires (1) ou les index économiques (2) ; d'autres vont plus loin, comme ceux du professeur Irving Fisher (3) et de l'économiste viennois docteur Eisler (4) ; ils prétendent alors régulariser les prix en faisant varier la monnaie elle-même comme l'indice du coût de la vie.

Mais les essais de « monnaie dirigée », dont le dernier en date est celui du président Roosevelt, n'ont jamais encore réalisé les espoirs ambitieux de leurs protagonistes ; loin d'assurer la stabilité qu'ils promettaient, ils ont généralement accru le déséquilibre universel ; et l'économie actuelle se caractérise par un trouble monétaire généralisé, dont la survenance ou l'appréhension est pour tous les contrats une menace constante.

Dans ces conditions, des clauses de révision bien délimitées et modelées avec soin peuvent rendre de réels services en supprimant un peu de l'incertitude dont souffre le monde.

Vu :
Le Président de thèse,
EDGARD ALLIX

Vu :
Le Doyen,
EDGARD ALLIX

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
CHARLÉTY

(1) Hirsch, *op. cit.*

(2) Jacquemard, *op. cit.*, en particulier p. 242.

(3) *Stabilizing the dollar*, 1920.

(4) *Revue d'économie politique*, mai 1931 ; — *X Information*, décembre 1931, p. 145 et suiv.

BIBLIOGRAPHIE

1^o OUVRAGES

- ALIBERT. — *L'imprévision dans les concessions de services publics*, 1924.
- ALLIX. — *Traité élémentaire de science des finances et de législation financière*, 1927.
- BERTHÉLEMY. — *Traité élémentaire de droit administratif*.
- CATTAND. — *La clause rebus sic stantibus du droit privé au droit international*. Thèse, Paris, 1929.
- DESJONQUÈRES. — *L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat au sujet de la théorie de l'imprévision dans les marchés de fournitures*. Thèse, Paris, 1926.
- DUFFAUD. — *Les pénalités dans les marchés de fourniture*. Thèse, Paris, 1931.
- FORTUNA. — *Le fait du prince*. Thèse, Paris, 1924.
- FYOT. — *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision*. Thèse, Dijon, 1921.
- HAURIUO. — *Jurisprudence administrative de 1892 à 1929*.
— *Traité de droit administratif*.
- HIRSCH. — *Les récentes échelles mobiles de salaires*. Thèse, Paris, 1929.
- JACQUEMARD. — *L'imprévision dans les services publics concédés*. Thèse, Alger, 1928.
- JÈZE. — *Cours de finances publiques professés à la faculté de droit de l'Université de Paris*.
— *Cours de science des finances et de législation financière française*.
- KAHN. — *L'aléa dans les contrats*. Thèse, Paris, 1924.
- LACHÉ. — *L'action économique dans la transformation du droit*, 1920.
- LALOU. — *Effets sur les contrats de la nouvelle loi monétaire du 25 juin 1928*. Dalloz, 1929.
- LAPEYRE. — *De l'imprévision dans les marchés passés par les sociétés de gaz et d'électricité*, 1923.
- NOGARO. — *Les principes fondamentaux du droit monétaire français*, 1930.
- PLANIOL ET RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*, tomes VI et VII.

- RADOUANT. — *Du cas fortuit et de la force majeure*. Thèse, Paris, 1920.
 RIPERT. — *La règle morale dans les obligations civiles*, 1927.
 SAINT-MARC. — *L'imprévision dans les contrats administratifs*. Thèse, Paris, 1918.
 TÉTREAU. — *Des marchés de fournitures*, 1921.
 WAHL. — *Le droit civil et commercial de la guerre*.

2° REVUES ET PÉRIODIQUES

- Annales du droit commercial* (LÉVY-ULLMANN, *L'inexécution du contrat pour cause d'impossibilité en droit anglais*, 1921, page 279 et 1922, page 41).
Dalloz hebdomadaire (1925, page 28 ; 1930, pages 56 et 216 et notes de M. Capitant, 1926, pages 1, 17 et 33, 1928, page 53, 1929, page 13).
Dalloz périodique (notes diverses sur le fait du prince et l'imprévision : en particulier, 1906.3.17, 1909.1.76, 1912.3.49, 1916.2.112, 1916.3.25, 1917.2.33, 1918.4.263, 1919.3.9, 1919.3.25, 1924.3.3, 1925.3.17, 1926.2.57, 1927.3.17, 1930.3.13, 1932.3.60).
Génie civil (Mestre, notes sur l'imprévision, 3.1.25, 29.8.25 et 18.4.31).
Revue du droit public (JÈZE, *Théorie générale des contrats de l'Administration*, 1930 à 1933 ; JÈZE, *Etudes de jurisprudence administrative*, 1925 ; JÈZE, articles divers ; Bosc, *Régime des pénalités*, avril 1921 ; Bosc, *Mesures législatives de caractère général*, avril 1927).
Revue internationale du travail (Szturm de Sztrem, septembre 1924).
Revue politique et parlementaire (BERTHÉLEMY, 10.7.17).
Revue trimestrielle de droit civil (SERBESCO, *Effets de la guerre sur l'exécution des contrats*, 1917, p. 349).
Sirey (notes diverses sur l'imprévision, en particulier WAHL, 1916.1.17, HAURIU, 1916.3.17 et MESTRE, 1932.2.49).

3° DOCUMENTS DIVERS

- Collection des marchés de l'État, des grandes compagnies de chemin de fer et des compagnies concessionnaires de la Ville de Paris.
 Documents administratifs des divers ministères.
 LEBON, *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat* (en particulier, années 1916 à 1931).
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
--------------------	---

PREMIÈRE PARTIE L'ALÉA ÉCONOMIQUE

CHAPITRE PREMIER

Les fondements juridiques pour une demande de ré- vision	13
Section I : Les fondements en droit privé	14
A. Principes généraux du droit civil	16
a) Les vices du consentement	16
b) La condition	17
c) L'absence de cause et l'enrichissement sans cause	17
d) L'abus du droit	17
e) L'article 1134 du Code civil et la bonne foi	17
f) L'article 1156 du Code civil et la commune intention des parties	18
g) L'article 1150 du Code civil et la limitation des dom- mages-intérêts	18
h) La force majeure	19
i) La clause <i>rebus sic stantibus</i>	26
B. Jurisprudence civile	32
a) En France	33
b) A l'étranger	35
c) Faut-il donner au juge le pouvoir de réviser les con- trats ?	37
C. Décrets et lois de circonstances	40
a) Le décret de moratoire du 10 août 1914	40
b) La loi Failliot du 21 janvier 1918	41
Section II : Les fondements spéciaux au droit administratif ..	44

A. Les bases spéciales aux marchés de travaux publics	45
a) L'article 28	46
b) L'article 33	50
B. Les décrets Millèrand	53
C. L'imprévision en droit administratif	58
a) Les précédents	59
b) La naissance de la théorie	63
c) Les conditions et les conséquences de l'imprévision dans les contrats de concession	64
1. Principe général	64
2. Ouverture du droit à indemnité	65
3. Fixation de la charge extracontractuelle	65
4. Fin de la période extracontractuelle	67
5. Répartition de la charge extracontractuelle	67
6. Répercussion sur les usagers	68
d) La théorie de l'imprévision n'est pas fondée sur l'im- prévision	69
1. « Imprévision » est un terme bien vague pour servir de fondement à une jurisprudence fixe	69
2. L'imprévision conduirait à des conséquences dif- férentes de celles admises par le Conseil d'État	77
3. Souvent le Conseil d'État admet l'imprévision pour des événements prévisibles	80
4. Plus souvent encore, pour des événements imprévi- sibles, le Conseil d'État repousse l'imprévision	81
e) Les fondements de la théorie en ce qui concerne les contrats de concession	83
1. La bonne foi et l'intention des parties	83
2. La force majeure	85
3. L'intérêt public	85
4. Le gain normal	87
5. La jurisprudence prétorienne dite de l'imprévision ne dérive d'aucune théorie générale	89
f) La jurisprudence de l'imprévision est-elle cohérente, équitable, utile, éternelle, immuable ?	91
g) Les extensions abusives données par le Conseil d'État à sa jurisprudence dans la période héroïque de l'impré- vision	100
h) La théorie de l'imprévision dans les marchés adminis- tratifs autres que les contrats de concession	105
1. La question de principe	105
2. La jurisprudence du Conseil d'État : marchés de transport et marchés de travaux publics	107
3. La jurisprudence du Conseil d'État : marchés de fournitures	109

CHAPITRE II

La révision sans clause dans la pratique administrative	116
Section I : Les marchés d'avant-guerre et de guerre : bien- veillance extrême de l'Administration	120
A. Solution des cas d'espèce	120
B. Essai d'une codification administrative	133
Section II : Les marchés d'après-guerre : résistance croissante de l'Administration	138
Section III : Essai d'arrêt complet : les clauses de non-révision	146
Section IV : Réglementation par le contrat : l'introduction progressive des clauses de révision	149

CHAPITRE III

Les clauses de principe	161
Section I : Les principaux éléments des clauses	164
Section II : La révision « salaires »	167
Section III : La révision « matières »	173
A. Les accords de 1924	175
B. Les discussions après rejet des accords de 1924	180
Section IV : Rebutés et retards	184
Section V : Les frais généraux	188
Section VI : La limitation des dépenses	192
Section VII : Les acomptes sur plus-values	196
Section VIII : Le règlement final	198
Section IX : Le remplacement des clauses de principe par des clauses automatiques	205
A. L'exemple de la Marine marchande	207
B. L'adoption des clauses automatiques par la Marine militaire	210
C. L'échec complet des clauses de principe	216

CHAPITRE IV

Les clauses automatiques	220
Section I : La date exacte des valeurs de base	225
A. Date exacte de la valeur initiale	225
a) Marché de matières	225
b) Marché d'objets transformés	226
B. Date exacte de la valeur de comparaison	228
a) Main-d'œuvre	228

b) Matières	231
Section II : Les valeurs initiales doivent-elles être inscrites dans le marché ou constatées après coup ?	234
Section III : La révision des clauses de révision	236
Section IV : Le pourcentage limite et la marge neutralisée ...	239
Section V : Les pourcentages révisables et non révisables	243
Section VI : Le paramètre « salaires »	248
A. Les clauses basées sur le salaire réellement payé	248
a) La définition du salaire de base : les primes et bonis ...	250
1. Recherche d'une formule différenciant du salaire d'affûtage les primes et bonis	250
2. Adoption du salaire d'affûtage	253
3. Adoption du salaire global	258
b) La définition du salaire moyen d'un atelier	260
c) La définition du salaire moyen d'une fourniture	262
B. Les clauses basées sur un salaire forfaitaire	263
1. Salaire régional et salaire national	263
2. Révision « salaires » basée sur un indice de prix	268
3. Échelle mobile des salaires	270
4. Vérification des salaires forfaitaires par les salaires réels	272
5. Salaires chez l'acheteur	273
Section VII : Les paramètres « matières »	276
A. Prix réels et prix forfaitaires	276
B. Le choix des mercuriales	278
C. Le nombre des paramètres « matières »	282
D. La détermination des cours de base	284
Section VIII : Les paramètres basés sur le change	287
Section IX : Les paramètres « matière unique » ou « indices de prix »	295
Section X : Le choix des paramètres optima	297

CHAPITRE V

De quelques questions se posant à propos des divers marchés révisables	305
Section I : Questions antérieures à la signature du marché ...	305
A. Réversibilité des clauses de révision	305
B. Discussion des offres	307
C. Crédit nécessaire pour l'exécution d'un marché révisable	308
Section II : Questions relatives au calcul de la révision	308
A. Notification retardée	309

B. Livraisons retardées	311
a) Influence du retard sur la révision	311
1. Le retard est à la charge du fournisseur	311
2. Le retard est dû à un cas de force majeure	312
3. Le retard est dû à un fait de l'État	313
b) Influence des pénalités sur la révision	315
c) Influence de la révision sur les pénalités	320
C. Livraisons anticipées	322
a) Clauses de principe	322
b) Clauses automatiques prévoyant la révision à des dates fixes ou à des dates dépendant de la notification ..	322
c) Clauses automatiques prévoyant formellement le cas des livraisons anticipées	324
D. Sous-commandes	326
E. Superposition des marchés généraux aux marchés par- ticuliers	326
F. Plus-values et moins-values	328
G. Secret professionnel	330
Section III : Questions relatives au règlement de la révision ..	332
A. Quelles sont les majorations accessoires à ajouter au montant net de la révision ?	332
B. Par qui doivent être approuvés les actes additionnels prévoyant majoration ?	333
C. A quel moment doit être payée la révision ? Les intérêts sur révision de prix	334
D. Avec quelle valeur faut-il prendre en charge les four- nitures révisées ?	337

DEUXIÈME PARTIE

L'ALÉA ADMINISTRATIF

CHAPITRE VI

Les principes : la théorie du fait du prince	345
Section I : Définition	345
Section II : Fait du prince et force majeure	347
Section III : Fait du prince et imprévision	348
Section IV : Fait du prince et responsabilité contractuelle	349
Section V : Conditions de la responsabilité encourue par l'Administration	353
A. En ce qui concerne le fait de l'Administration	353
B. En ce qui concerne le dommage	356
C. Relation de causalité entre le fait et le dommage	358

Section VI : Limites de la responsabilité encourue par l'Administration	360
---	-----

CHAPITRE VII

La jurisprudence du Conseil d'État	362
Section I : Lois sociales nouvelles	363
Section II : Mesures fiscales	365
Section III : Taxations	369
Section IV : Fixation du prix des transports	371
Section V : Autres faits de l'Administration	373

CHAPITRE VIII

Les clauses de révision pour aléa administratif	376
Section I : La loi de 8 heures	377
A. Répercussion directe	377
B. Répercussion indirecte	379
Section II : Les assurances sociales	380
A. Les clauses introduites par la Marine	381
B. Leur application dans la pratique	385
C. L'attitude des autres ministères	394
Section III : Les autres lois sociales	398
Section IV : Les taxes et impôts	400
A. Droits d'octroi	401
B. Droits de consommation sur les boissons	402
C. Droits de douane	403
D. Impositions indirectes diverses	405
E. Taxe sur le chiffre d'affaires et taxes analogues	405
F. Autres impôts	407
G. Les taxes et impôts en général	407
Section V : Le prix des transports	409
A. En l'absence de clause spéciale	409
B. En cas de clause spéciale	412
CONCLUSION	415
BIBLIOGRAPHIE	439

DIJON
IMPRIMERIE BERNIGAUD & PRIVAT
15, Rue Bossuet, 15

1933

